



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

**TESI DI DOTTORATO IN DIRITTO DELL'ECONOMIA E DELL'IMPRESA, DEL
DIRITTO INTERNAZIONALE E DEL PROCESSO CIVILE**

CURRICULUM DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

XXIX CICLO

Il provvedimento abnorme nel processo civile

Tutor:

Chiar.mo Prof. Romolo Donzelli

Dottorando:

Michele Ciccariè

Anno Accademico 2015/2016

INDICE

Introduzione all'indagine.....	I
--------------------------------	---

CAPITOLO I

L'abnormità nel diritto processuale penale

SEZIONE I

L'evoluzione storica dell'abnormità

1. Premessa.....	2
1.1. L'abrogazione del ricorso nell'interesse della legge.....	2
1.2. Il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione.....	6
2. L'origine dell'abnormità.....	8
3. Le sentenze c.d. stravaganti, ovvero il profilo strutturale dell'abnormità.....	9
3.1. L'ammissibilità dell'impugnazione avverso le sentenze strutturalmente abnormi.....	11
3.2. Le iniziali critiche all'ammissibilità dell'impugnazione avverso le sentenze strutturalmente abnormi ed il loro successivo declino.....	14
4. L'entrata in vigore della Costituzione ed i successivi sviluppi: la teoria del provvedimento abnorme.....	17
4.1. Il profilo funzionale dell'abnormità.....	22
5. L'abnormità nella successiva evoluzione legislativa.....	24

5.1. L'abnormità nonostante lo scorrere del tempo.....	28
--	----

SEZIONE II

Dogmatica e confini dell'abnormità

6. Il provvedimento abnorme nella teoria dell'invalidità.....	30
7. La nullità del provvedimento ed i suoi rapporti con l'abnormità.....	34
8. L'inesistenza giuridica del provvedimento.....	37
9. Il delicato rapporto fra l'abnormità e l'inesistenza giuridica del provvedimento.....	42
10. L'abnormità nell'analisi giurisprudenziale.....	46
11. Lo sviamento dalla funzione giurisdizionale quale nucleo irriducibile del provvedimento abnorme.....	55
12. L'abnormità nel prisma del rapporto fra forma e sostanza dei provvedimenti giurisdizionali.....	59
13. L'abnormità nel diritto processuale penale: riepilogo.....	63

* * *

CAPITOLO II

Il provvedimento abnorme nel diritto processuale civile

1. La genesi del concetto abnormità nel diritto processuale civile.....	65
1.1. Il tentativo di Denti.....	66
1.2. L'opera interpretativa di Jannuzzi.....	74

2. La successiva dottrina avutasi sul tema: verso una nozione di stile del provvedimento anomalo o abnorme.....	77
3. La predisposizione delle coordinate entro cui affrontare lo studio dell'abnormità nel diritto processuale civile.....	82
4. L'abnormità ed il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione.....	84
5. L'abnormità e la teoria dell'invalidità.....	88
5.1. Premessa: l'identificazione degli atti processuali civili.....	89
5.1.1. L'identificazione degli atti processuali del giudice, ossia i provvedimenti.....	92
5.1.2. La forma ed il contenuto dei provvedimenti.....	94
5.1.3. La sostanza dei provvedimenti.....	97
5.1.4. Il rapporto fra la sostanza ed il contenuto del provvedimento nella visione del legislatore.....	100
5.2. La disciplina delle nullità processuali civili.....	102
5.3. La figura dell'inesistenza giuridica.....	110
5.3.1. L'inesistenza giuridica del provvedimento.....	113
5.3.2. Il rapporto fra le nullità processuali e l'inesistenza giuridica.....	118
5.4. La mera irregolarità degli atti processuali civili.....	119
6. L'abnormità nella teoria delle invalidità: approccio critico e rinvio.....	120
7. L'essenza del provvedimento processuale civile abnorme: riepilogo.....	123

* * *

CAPITOLO III

Le problematiche connesse all'impugnazione del provvedimento abnorme

SEZIONE I

Le teorie sull'impugnabilità del provvedimento abnorme

1. La controversa impugnabilità del provvedimento anomalo: rilievi introduttivi.....	128
2. Il principio della prevalenza della sostanza sulla forma.....	130
2.1. Il (diverso) concetto di sentenza in senso sostanziale.....	134
2.2. Il principio di prevalenza della sostanza sulla forma ed il concetto di sentenza in senso sostanziale a confronto.....	139
3. Il principio della prevalenza del regime giuridico astrattamente previsto per legge.....	140
4. Il principio della prevalenza della forma effettivamente assunta dal provvedimento.....	143
4.1. Il suo preteso fondamento positivo.....	146
4.2. L'individuazione del provvedimento in relazione alla natura del potere esercitato.....	149
5. Il c.d. principio dell'apparenza.....	152
5.1. La genesi del principio dell'apparenza nel diritto sostanziale.....	153
5.2. Verso una declinazione processuale del principio dell'apparenza.....	157
5.3. Il principio dell'apparenza nel diritto processuale civile.....	158
5.3.1. Il principio di ultrattività del rito quale specifica declinazione dell'apparenza.....	163
5.4. Il principio dell'apparenza nel passaggio dal diritto sostanziale al diritto processuale civile.....	166
6. Una soluzione alternativa: la teoria del <i>Meistbegünstigung</i>	167

SEZIONE II

Le teorie sull'impugnabilità del provvedimento anormale al vaglio della loro applicazione pratica

7. Le diverse teorie sull'impugnazione del provvedimento anormale alla luce della loro applicazione pratica.....	172
7.1. Il principio della prevalenza della sostanza sulla forma e la sua applicazione nel processo ordinario di cognizione.....	175
7.1.1. La problematica del difetto di sottoscrizione in relazione all'ordinanza avente sostanza di sentenza.....	176
7.1.2. I suoi possibili correttivi.....	182
7.2. Il principio della prevalenza del regime giuridico astrattamente previsto per legge e la sua applicazione nel processo ordinario di cognizione.....	185
7.3. Il principio della prevalenza della forma effettivamente assunta dal provvedimento e la sua applicazione nel processo ordinario di cognizione.....	187
7.4. Il principio dell'apparenza e la sua applicazione nel processo ordinario di cognizione.....	189
8. Le diverse teorie sull'impugnazione del provvedimento anormale alla luce della loro applicazione pratica nei procedimenti speciali: alcune coordinate per il prosieguo dell'indagine.....	193
8.1. Il principio della prevalenza della sostanza sulla forma e la sua applicazione nei procedimenti speciali.....	195
8.2. Il principio della prevalenza del regime giuridico astrattamente previsto per legge e la sua applicazione nei procedimenti speciali.....	198

8.3. Il principio della prevalenza della forma effettivamente assunta dal provvedimento e la sua applicazione nei procedimenti speciali.....	199
8.4. Il principio dell'apparenza e la sua applicazione nei procedimenti speciali.....	202
8.4.1. Il principio di apparenza declinato nella regola dell'ultrattività del rito e la sua applicazione nei procedimenti speciali.....	203
9. La controversa impugnabilità del provvedimento anomalo: riepilogo.....	207

* * *

CAPITOLO IV

Il provvedimento abnorme nell'analisi giurisprudenziale: lo stato dell'arte e le possibili ottiche ricostruttive

SEZIONE I

Il vizio di abnormità nella teoria delle invalidità

1. L'approccio della giurisprudenza al fenomeno dell'abnormità: rilievi introduttivi.....	209
2. Il concetto di abnormità utilizzato in senso meramente descrittivo.....	210
3. L'abnormità quale fenomeno assimilabile al vizio di nullità del provvedimento.....	213
3.1. Il rapporto fra abnormità e nullità.....	218
4. L'abnormità quale fenomeno assimilabile al vizio di inesistenza del provvedimento.....	221
4.1. Il rapporto fra abnormità ed inesistenza giuridica.....	226

5. L'abnormità quale sintomo di stravaganza del provvedimento.....	228
5.1. Il rapporto fra abnormità e stravaganza, nell'ottica del sistema delle invalidità.....	231
6. Il vizio di abnormità nella fenomenologia dell'invalidità: riepilogo.....	233

SEZIONE II

Il provvedimento abnorme nel sistema delle impugnazioni

7. La possibile prospettiva autonoma del concetto abnormità: l'alterazione del fisiologico rapporto fra provvedimento e suo regime giuridico.....	237
8. Le fattispecie di provvedimento abnorme nel processo ordinario.....	237
8.1. Il regime giuridico del provvedimento emanato in forma diversa da quella prescritta secondo l'impostazione giurisprudenziale.....	238
8.2. Le critiche avverso tale impostazione.....	241
8.3. La possibile teoria ricostruttiva.....	242
8.4. La discrasia quale caratteristica insita al provvedimento emanato in forma diversa da quella prescritta.....	247
9. Le fattispecie di provvedimento abnorme nei procedimenti speciali.....	248
9.1. Nel procedimento cautelare.....	249
9.2. Nel procedimento esecutivo.....	253
9.3. Nelle procedure concorsuali.....	259
9.4. Nei procedimenti di giurisdizione volontaria.....	263
9.5. Nel procedimento per convalida o licenza di sfratto.....	265
9.5.1. La proponibilità dell'appello avverso l'ordinanza.....	268

9.5.2. Le criticità dell'impostazione giurisprudenziale in tema di impugnazione dell'ordinanza di convalida abnorme e la possibile teoria ricostruttiva.....	269
9.6. Nel procedimento divisorio.....	273
9.6.1. La proponibilità del ricorso straordinario <i>ex art. 111 Cost.</i> avverso l'ordinanza.....	277
9.6.2. La proponibilità dell' <i>actio nullitatis</i> avverso l'ordinanza.....	278
9.6.3. La proponibilità dell'appello avverso l'ordinanza.....	280
9.6.4. Le criticità dell'impostazione giurisprudenziale in tema di impugnazione dell'ordinanza di divisione abnorme e la possibile teoria ricostruttiva.....	282
10. L'impugnazione del provvedimento abnorme in applicazione del principio dell'apparenza, nonché della sua specifica declinazione nella regola dell'ultrattività del rito.....	287
10.1. Il possibile coordinamento con gli approdi in tema di <i>translatio iudicii</i> in grado di impugnazione e di equipollenza fra atti processuali.....	292
11. Il provvedimento abnorme nel sistema delle impugnazioni: riepilogo.....	293
* * *	
Riflessioni conclusive.....	297
Riferimenti bibliografici.....	302

INTRODUZIONE ALL'INDAGINE

Nel linguaggio comune, con il termine «disciplina» si intende un rigoroso modello organizzativo riferibile ad un dato contesto oggettivo e soggettivo.

Del pari, tale accezione vale in ambito giuridico, nonché nello specifico settore del diritto processuale, ove risulta determinante delineare un complessivo sistema di normazione affinché possano essere soddisfatte due esigenze primarie: individuare le regole applicabili ad ogni operatore giuridico; ricollegare alle stesse adeguate conseguenze giuridiche. Di qui, l'utilità della tecnica di previsione tendenzialmente strutturata in classi predeterminate di ipotesi, secondo lo schema protasi – apodosi.

Orbene, questa regolamentazione, oltre a rendersi necessaria per scandire lo sviluppo fisiologico del processo nel suo complesso, assume massima pregnanza nella prospettiva patologica della violazione di taluna delle regole poste.

Sotto quest'ultimo aspetto, peraltro, ogni modello di previsione astratta finisce inevitabilmente per caratterizzarsi da un limite incolumabile: l'imprevedibilità del caso concreto. Ed infatti, il complesso dipanarsi della realtà, non di rado, impedisce di trovare soluzioni alle violazioni commesse che costituiscano immediata applicazione di una determinata disposizione positiva.

Fra le varie situazioni patologiche riscontrabili, di certo quella del c.d. «provvedimento abnorme», oggetto specifico della presente indagine, sintetizza al meglio la delicata problematica appena accennata. Il fenomeno dell'abnormità, infatti, può in generale essere descritto come una divergenza del provvedimento concretamente emanato dal giudice rispetto alla previsione normativa astratta; divergenza tale per cui la strumentazione fornita dal legislatore non sembra in prima battuta idonea ad individuare con certezza il regime giuridico dell'atto, nonché i suoi possibili vizi.

Nasce dunque, in conseguenza di questi casi emblematici, l'esigenza interpretativa di ricercare soluzioni idonee a sanare eventuali *deficit* – in ultima analisi – di tutela per le parti in giudizio, le quali siano frutto di un ragionevole bilanciamento fra due principali interessi contrapposti: l'esigenza di giustizia sostanziale da un lato, il parametro della legalità formale dall'altro.

Tanto chiarito in via generale, sembra opportuno fornire le coordinate per una migliore comprensione della delimitazione del piano di ricerca e degli obiettivi che si tenterà di raggiungere.

A tal proposito, va segnalato che il fenomeno dell'abnormità del provvedimento giudiziale trova origine ed autonomo sviluppo nelle logiche del processo penale: in ragione di ciò, il presente elaborato prenderà le mosse da tali elaborazioni; si giungerà così, mediante l'analisi dell'evoluzione dogmatica dell'istituto, a constatarne le caratteristiche strutturali e funzionali.

I risultati dell'indagine condotta nel campo penale, poi, saranno utili per vagliare criticamente l'essenza del fenomeno nel diritto processuale civile, consapevoli del fatto che il tentativo di trasfusione di questo istituto da un ramo all'altro dell'ordinamento ha comportato la creazione di evidenti autonomie di vedute, a loro volta specchio della peculiare conformazione del nostro sistema processuale.

Dopodiché, tracciata la linea evolutiva del fenomeno nonché analizzate sistematicamente le problematiche prettamente inerenti il tema del provvedimento abnorme nel diritto processuale civile, si cercherà di raggiungere due fondamentali obiettivi:

a) dal punto di vista statico, contestualizzare il vizio di abnormità nell'ambito delle teorie sull'invalidità dell'atto, con il fine di rintracciare una possibile rilevanza autonoma del fenomeno per struttura e funzione, al pari di quanto sembra essere avvenuto nel settore penale;

b) dal punto di vista dinamico, riconnettere al tessuto normativo astratto la specificità di queste concrete evenienze patologiche, individuando, in armonia con l'impianto sistematico del codice di rito, il regime giuridico del provvedimento «abnorme» emanato, *id est* il mezzo di impugnazione per contestarne l'eventuale invalidità o comunque l'ingiustizia.

Peraltro, non può essere sottovalutata la particolarità di questa indagine – appunto – nei casi di «abnormità» della decisione, proprio perché la natura di questa patologia, come si vedrà, rischia di condizionare il modo stesso di intendere la normale correlazione fra provvedimento e sua impugnabilità.

Nel tentare di assolvere tali delicati compiti non si prescindere dall'obiettivo, assolutamente primario, di garantire tutela alla parte destinata a subire gli effetti potenzialmente pregiudizievoli di questi errori del tutto singolari dell'organo giudicante.

CAPITOLO I

L'abnormità nel diritto processuale penale

SOMMARIO

SEZIONE I – L'evoluzione storica dell'abnormità: 1. Premessa. – 1.1. L'abrogazione del ricorso nell'interesse della legge. – 1.2. Il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione. – 2. L'origine dell'abnormità. – 3. Le sentenze c.d. stravaganti, ovvero il profilo strutturale dell'abnormità. – 3.1. L'ammissibilità dell'impugnazione avverso le sentenze strutturalmente abnormi. – 3.2. Le iniziali critiche all'ammissibilità dell'impugnazione avverso le sentenze strutturalmente abnormi ed il loro successivo declino. – 4. L'entrata in vigore della Costituzione ed i successivi sviluppi: la teoria del provvedimento abnorme. – 4.1. Il profilo funzionale dell'abnormità. – 5. L'abnormità nella successiva evoluzione legislativa. – 5.1. L'abnormità nonostante lo scorrere del tempo.

SEZIONE II – Dogmatica e confini dell'abnormità: 6. Il provvedimento abnorme nella teoria dell'invalidità. – 7. La nullità del provvedimento ed i suoi rapporti con l'abnormità. – 8. L'inesistenza giuridica del provvedimento. – 9. Il delicato rapporto fra l'abnormità e l'inesistenza giuridica del provvedimento. – 10. L'abnormità nell'analisi giurisprudenziale. – 11. Lo sviamento dalla funzione giurisdizionale quale nucleo irriducibile del provvedimento abnorme. – 12. L'abnormità nel prisma del rapporto fra forma e sostanza dei provvedimenti giurisdizionali. – 13. L'abnormità nel diritto processuale penale: riepilogo.

SEZIONE I

L'evoluzione storica dell'abnormità

1. Premessa.

Il concetto «abnormità» (1) non è stato elaborato casualmente: alla base del suo studio vi erano problematiche concrete da affrontare e risolvere.

Tali criticità sono sorte a seguito dell'emanazione del codice di procedura penale del 1930, che rispetto a quello del 1913 aveva introdotto due importanti innovazioni: l'abrogazione del ricorso per cassazione nell'interesse della legge da un lato; l'introduzione del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione dall'altro.

In questa parte introduttiva verrà dunque esaminato il rapporto causa – effetto che lega tali innovazioni con l'elaborazione del concetto abnormità; in virtù dell'analisi affrontata, poi, verranno evidenziate le esigenze pratiche sottese all'elaborazione dell'istituto, nonché gli scopi che l'abnormità ha fin da subito inteso perseguire.

Preme inoltre rilevare l'attuale validità delle considerazioni che verranno effettuate sulle innovazioni introdotte dal c.d. codice Rocco del 1930: infatti, identici per contenuto sono i parametri normativi di riferimento adottati dal vigente codice di procedura penale del 1988.

1.1. L'abrogazione del ricorso nell'interesse della legge.

Come poc'anzi anticipato, con il codice di procedura penale del 1930 è stato anzitutto abolito il ricorso per cassazione nell'interesse della legge (2), disciplinato all'art. 509 del precedente codice di rito (3).

(1) Fra gli obbiettivi del presente elaborato, ci sarà anche quello di valutare se il concetto abnormità assurga ad autonoma categoria giuridica entro il prisma delle invalidità processuali, siano esse penali o civili. Pur dovendo rinviare al prosieguo dell'analisi ogni considerazione sul tema, si reputa fin d'ora opportuno richiamare l'attenzione sulla delicatezza e centralità del processo logico che il giurista deve compiere per poter affermare l'autonomizzazione di un dato fenomeno. Infatti, qualsiasi opera di catalogazione della fenomenologia del reale entro una data categoria, presuppone una strutturata base scientifica di elaborazione dei vari istituti affini. Sotto questa prospettiva insegna FINZI E., *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915, p. 49, che «ogni scienza ha bisogno del suo tecnicismo, di un suo dizionario convenzionale», del pari ammettendo che tali classificazioni «sono tutte, come le definizioni, essenzialmente arbitrarie: esse possono essere oggetto di critica sulla opportunità, dato lo scopo prefissosi, di raggruppare insieme i fatti secondo uno od altro criterio».

Tale istituto permetteva la denuncia in ogni tempo dei gravi *errores in procedendo* o *in judicando* contenuti in una statuizione giurisdizionale, al fine del suo annullamento (4).

Nello specifico, il ricorso nell'interesse della legge era proponibile avverso qualsiasi sentenza o ordinanza, purché pronunciata in grado di appello o in unico grado, la quale fosse divenuta irrevocabile per non essere stato proposto ricorso per cassazione, ovvero a causa della dichiarazione di inammissibilità dello stesso (5).

Legittimato in ogni tempo ad esperire ricorso era il procuratore generale presso la Corte di Cassazione; gli effetti dell'annullamento giovavano al condannato, che poteva contare sulla rinnovazione del giudizio (6).

(2) Per una ricostruzione dell'evoluzione storica dell'istituto v. MANZINI V., *La Corte di Cassazione e il ricorso nell'interesse della legge: prolusione al corso di procedura penale tenuto nella R. Università di Roma, il 7 febbraio 1939*, in *Annali Dir. Proc. Pen.*, 1939, p. 361; SIRACUSANO D., *I rapporti fra Cassazione e rinvio nel processo penale*, Milano, 1967, p. 139 ss.; TOLOMEI D. A., *Il ricorso nell'interesse della legge*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1934, I, pp. 325 – 331; RANIERI S., *Considerazioni critiche sul ricorso per cassazione nell'interesse della legge*, in *Monit. Trib.*, 1926, p. 601. Tale rimedio è stato originariamente introdotto nella legislazione francese con l'art. 25, *Loi 1^{er} décembre 1790, sur la formation d'un tribunal de cassation*, il quale così disponeva: «se il Commissario del Re presso il Tribunale di cassazione viene a conoscenza che sia stato pronunciato un giudicato, in ultimo grado, direttamente contrario alla legge o alle forme del procedimento, e contro il quale nessuna parte abbia reclamato entro il termine stabilito, il Commissario stesso, dopo spirato il detto termine, ne darà notizia al Tribunale di cassazione; e se risulterà provato che le forme processuali o la legge sono state violate, il giudicato sarà cassato senza che le parti possano giovare per sottrarsi alle disposizioni del giudicato, il quale varrà come transazione fra esse parti». Detto istituto, che in virtù dell'invasione napoleonica è stato recepito in Italia fin nella legislazione preunitaria dagli artt. 337 ss. del codice per il regno delle Due Sicilie del 1819 (cfr. NICCOLINI N., *Della procedura penale*, II, p. 950 ss.) nonché dagli artt. 433 e 459 dei codici di Parma e Piacenza del 1820 (cfr. SCADUTO F., *Commenti al codice di procedura penale per il regno d'Italia*, VII, p. 229 ss.), è stato poi trasfuso nel codice di procedura penale italiano del 1865 agli artt. 684 ss. La fondamentale innovazione ivi introdotta, che secondo ALOISI U. – MORTARA L., *Commento all'art. 509*, in *Codice di Procedura Penale*, Torino, 1924, p. 441, aveva lo scopo di «servire non soltanto all'interesse della legge, ma anche a quello della giustizia», è stata quella di consentire al soggetto eventualmente condannato di giovare degli effetti favorevoli dell'annullamento della decisione (su questo specifico punto v. anche nel testo).

(3) Art. 509 c.p.p. del 1913: «il procuratore generale presso la corte di cassazione può in ogni tempo ricorrere nell'interesse della legge contro qualunque sentenza o ordinanza che sia divenuta irrevocabile per non essere stato promosso ricorso, o per esservi stata rinunzia al medesimo, o perché il ricorso proposto sia stato dichiarato inammissibile».

(4) Sul carattere straordinario dell'impugnazione v. TOLOMEI A. D., *Il ricorso nell'interesse della legge*, cit., p. 322.

(5) ALOISI U. – MORTARA L., *Commento all'art. 509*, cit., pp. 442 – 444.

(6) Art. 534 c.p.p. del 1913: «nel caso contemplato nell'articolo 509: se la corte di cassazione annulla la sentenza perché il fatto non costituisce reato, o perché ha cessato di essere punibile, o perché l'azione penale è estinta, questa decisione deve essere eseguita senza che si faccia altro giudizio; se annulla la sentenza perché fu inflitta una pena superiore a quella stabilita per il reato, e la condanna non è ancora interamente espiata, designa il giudice di rinvio per l'applicazione della pena nella qualità o misura legale, ferma rimanendo la dichiarazione di reità a carico del condannato; se annulla la sentenza per omissione o violazione di forme che producono nullità, la decisione della corte è notificata al condannato a richiesta del procuratore generale entro venti giorni dalla scadenza del termine stabilito nell'ultimo capoverso dell'articolo 536, con l'avvertimento che egli ha diritto ad un nuovo giudizio se

Tale rimedio straordinario, astrattamente idoneo a rimuovere dall'ordinamento giuridico ingiuste condanne (7), ben si prestava a norma di equilibrio del sistema, in quanto impediva che «*errores o ignorantia juris*» (8) dei giudici potessero prevalere sull'interesse a garantire l'uniformità di interpretazione delle norme giuridiche e l'unità stessa del diritto obiettivo nazionale (9).

Le argomentazioni a sostegno dell'abolizione del ricorso sono state esplicate nella relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale del 1930 (10): in

non preferisce sottoporsi all'esecuzione della sentenza annullata. La richiesta del nuovo giudizio deve essere fatta nel termine di due mesi, con dichiarazione ricevuta nella cancelleria del giudice che ha pronunciato la sentenza annullata, o presentata direttamente alla corte di cassazione. In difetto della dichiarazione la condanna è eseguita. Se la dichiarazione sia fatta, la corte di cassazione designa con ordinanza il giudice del rinvio. Se è annullata nell'interesse della legge un'ordinanza relativa alla libertà personale e l'effetto dell'annullamento possa essere favorevole all'imputato, la decisione della corte di cassazione è comunicata all'autorità competente per provvedere all'esecuzione». Secondo l'opinione di ALOISI U. – MORTARA L., *Commento all'art. 509*, cit., p. 440, il giudizio introdotto ex art. 509 c.p.p. del 1913 non poteva avere effetto sospensivo sull'eventuale pena inflitta al soggetto imputato.

(7) Sul delicato rapporto fra l'annullamento *ex post* della pronuncia penale irrevocabile ed il principio dell'intangibilità del giudicato v. gli studi di MANZINI V., *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*, Torino, 1956, IV, p. 663; ID., *Istituzioni di Diritto Processuale Penale Italiano*, 1950, p. 268; ID., *Manuale di Diritto Processuale Penale Italiano*, Padova, 1950, p. 307; cfr. anche VANNINI O., *Manuale di Diritto Processuale Penale Italiano*, Milano, 1950, p. 307; GIANTURCO V., *Il ricorso per cassazione nell'interesse della legge e l'error juris del giudicato penale*, Milano, 1958, p. 42; PETROCELLI B., *I vizi della volontà nel processo penale*, in *Saggi di Diritto Penale*, Padova, 1952, p. 568 ss.; SABATINI G., *De favor rei come principio generale del diritto*, in *Riv. It. Dir. Proc.*, 1947, p. 74, per i quali la legittima eccezione al principio era giustificata da superiori ragioni di giustizia sostanziale. Da tali A. differisce l'impostazione di LEONE G., *Il mito del giudicato*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1956, pp. 178 – 179, il quale è a sostegno del principio di assoluta intangibilità del giudicato, inteso quale obiettivo primario della tutela giurisdizionale.

(8) GIANTURCO V., *Il ricorso per cassazione nell'interesse della legge*, cit., p. 1.

(9) Secondo MANZINI V., *La corte di Cassazione*, cit., p. 362, tale istituto «*più d'ogni altro, serve ad un'esatta comprensione della origine della Corte medesima*»; sul punto anche CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, Torino, 1920, I, p. 207. Cfr. infine GIANTURCO V., *Il ricorso per cassazione*, cit., p. 3, il quale sostiene espressamente la propedeuticità del ricorso nell'interesse della legge alla realizzazione della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione ex art. 65 Ord. Giud. In particolare, sulla nomofilachia quale espressione massima di autorevolezza della Suprema Corte v. per tutti FIANDACA G., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 1722 ss., nonché in prospettiva sovranazionale MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili di intersezione tra diritto nazionale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, *passim*.

(10) *Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale con la relazione del guardasigilli On. Alfredo Rocco*, in *Lavori preparatori del c.p. e del c.p.p.*, VIII, Roma, 1929, pp. 107 – 108: «*non ritenni opportuno conservare l'istituto del ricorso così detto nell'interesse della legge, (...) inutile superfetazione accademica, cioè un mezzo meramente teorico di rettificazione di errori di giudici, che, mentre disconosceva l'autorità di cosa giudicata, non apportava alcun beneficio reale. (...) L'istituto non mi sembra giustificato, né conforme allo spirito nazionale*». L'abolizione dell'istituto è avvenuta nonostante la precedente proposta di riforma, presentata da Vittorio Manzini al Guardasigilli, con la quale venivano addirittura ampliate le potenzialità del rimedio. A tal proposito v. l'inedito schema dell'art. 449, stando al quale: «*contro le sentenze che siano tra quelle soggette al ricorso per cassazione, divenute irrevocabili per non essere stata proposta alcuna impugnazione o per non essere stato proposto il ricorso per cassazione o per esservi stata rinuncia o dichiarazione di inammissibilità, il procuratore generale presso la corte di cassazione può in ogni tempo ricorrere alla Corte stessa, per gli effetti indicati nell'art. 470. Tale ricorso non può essere fondato sull'inosservanza della legge processuale*». Conseguentemente,

particolare, è stata contestata la pura accademicità dell'istituto, la sua scarsissima rilevanza pratica, nonché la fungibilità con altri rimedi ugualmente idonei a far prevalere la giustizia sostanziale, come la revisione o la grazia.

La dottrina maggioritaria dell'epoca ha aspramente criticato la sua definitiva soppressione (11): innanzitutto, sul piano generale è stato affermato che «*la bontà di una norma non si misura alla stregua del numero più o meno elevato dei casi di sua applicazione*» (12); in secondo luogo, è stato specificamente osservato che la grazia rappresenta un mero *supplementum justitiae* (13) mentre la revisione ripara solo all'*error facti* (14).

il nuovo testo dell'art. 470 avrebbe dovuto essere il seguente: «*la corte di cassazione, pronunciando sul ricorso nell'interesse della legge proposto a norma dell'art. 449: 1^a se annulli la sentenza di condanna per un motivo per cui rimanga esclusa l'applicazione d'ogni sanzione penale, ordina che la sua decisione sia senz'altro eseguita; 2^a se accolga il ricorso perché venne inflitta una pena più grave di quella stabilita per il reato o altre sanzioni penali non consentite dalla legge, non pronuncia annullamento, ma, riparato l'errore, ordina che la esecuzione avvenga, se in tutto o in parte sia ancora possibile, in conformità della sua decisione; 3^a in ogni altro caso in cui accolga il ricorso contro una sentenza di condanna e di proscioglimento, dichiara l'errore del giudice e, senza pronunciare annullamento, ristabilisce l'esatta applicazione della legge. Nondimeno, nel caso preveduto nel n. 3, se la Corte ritenga che il detto errore abbia potuto determinare la condanna dell'imputato, pronuncia sentenza con cui dichiara annullata la decisione impugnata, a condizione che il condannato richieda un nuovo giudizio. La sentenza della corte è notificata al condannato, a cura del procuratore generale, entro venti giorni da quello della sua pubblicazione, con l'avvertenza che egli ha diritto ad un nuovo giudizio, se non preferisca sottoporsi all'esecuzione della sentenza denunciata, o presentata direttamente alla cancelleria della Corte di cassazione. In difetto della dichiarazione, la condanna è eseguita. Se la dichiarazione sia fatta nel detto termine, la Corte di cassazione designa con ordinanza il giudice di rinvio*» (per riferimenti MANZINI V., *La Corte di cassazione*, cit., p. 367, nota 2).

(11) Secondo la dottrina maggioritaria dell'epoca, l'abolizione dell'istituto è stata quanto mai inopportuna. In proposito FLORIAN E., *Principi di diritto processuale penale*, Torino, 1932, p. 457 ss.; GIANTURCO V., *Il ricorso per cassazione*, cit., *passim*; TOLOMEI A. D., *Il ricorso nell'interesse della legge*, cit., *passim*; cfr. anche ALOISI U. – MORTARA L., *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, II, Torino, 1915, sub art. 534, per i quali «*il ricorso nell'interesse della legge non serve solo alla proclamazione di canoni giuridici astratti, ma giova alla tutela dell'innocenza, o in genere del diritto dell'imputato, leso da una sentenza non giusta*». *Contra* – a sorpresa – MANZINI V., *La Corte di cassazione*, cit., p. 371, il quale, a conclusione della prolusione a favore dell'istituto tenuta in occasione dell'inaugurazione del corso di procedura penale dell'Università di Roma, a.a. 1939, afferma che «*il ricorso nell'interesse della legge, nonostante le riforme di cui fu oggetto in Italia, ebbe scarsissima applicazione e si rivelò praticamente superfluo*».

(12) GIANTURCO V., *Il ricorso per cassazione*, cit., p. 39.

(13) In generale sul tema v. CAMERINI G., voce *Grazia (profili penali e processuali)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VI, Torino, 1997, p. 47; SELVAGGI E., voce *Grazia (Diritto Costituzionale)*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1989, p. 1; ZAGREBELSKY G. – GIANZI G., voce *Grazia a) Diritto costituzionale b) Diritto processuale penale*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 757; NICOSIA P., voce *Grazia*, in *N.ssimi Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, p. 7; SANTORO A., *L'esecuzione penale*, in *Studi di diritto e procedura penale*, Torino, 1953, p. 246; BRUNIALTI A., voce *Grazia*, in *Enc. Giur. It.*, VII, Roma, 1935, p. 515.

(14) Per un inquadramento dell'istituto nell'attuale codice di rito v. SPANGHER G., voce *Revisione*, in *Dig. Disc. Pen.*, XII, Torino, 1997, p. 131; NORMANDO R., *I rimedi all'ingiusta sentenza*, Torino, 1990, *passim*; RAVAGNAN L., *Note in tema di revisione nel nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. Pen.*, 1990, p. 897; SCALFATI A., *Nuovi modelli processuali ed ammissibilità della revisione per nuova prova*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1993, p. 1450; VANNI R., voce *Revisione del giudicato penale*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, p. 157. Con particolare riferimento agli studi avutisi sui previgenti codici di

Per queste ragioni, è stato inoltre evidenziato (15), la scomparsa del ricorso nell'interesse della legge avrebbe comportato una compressione del prestigio della giustizia, determinando un *vulnus* alla tutela del soggetto ingiustamente condannato (16).

In effetti, tale rimedio, espressione di preminenti esigenze etico – giuridiche, costituiva un'efficiente garanzia avverso l'errore giudiziale; sotto questo medesimo punto di vista, poteva infatti ravvisarsi una diretta proporzionalità fra la macroscopicità del vizio posto in essere dal giudice e l'utilità del rimedio ai fini dell'annullamento della decisione (17).

Un tipico esempio era ravvisabile nell'astratta utilizzabilità del rimedio avverso provvedimenti non previsti dalla legge processuale, in quanto impronosticabili da parte del legislatore (18). In queste situazioni, difatti, l'interesse della parte alla rimozione del vizio coincide con quello dell'ordinamento, volto ad espellere provvedimenti fortemente contrastanti con il sistema giuridico nel suo complesso (19).

1.2. Il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione.

procedura penale cfr. CRISTIANI A., *La revisione del giudicato nel sistema del processo penale italiano*, Milano, 1970; AUGENTI G. P., *Lineamenti del processo di revisione*, Padova, 1949; JANNITTI PIROMALLO A., *La revisione dei giudicati penali*, Roma, 1947; ALIMENA B., *La revisione*, in *Studi di procedura penale*, Torino, 1906.

(15) Per attuali considerazioni sulla tenuta del sistema a distanza di quasi un secolo dall'abolizione dell'istituto, nonché per un raffronto con la diversa prospettiva processual – civilistica, BARGIS M. – BELLUTA H., *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Torino, 2013, p. 261 ss.

(16) FLORIAN E., *Principi di diritto processuale*, cit., p. 457: «tale specie di ricorso conferiva, secondo noi, al prestigio della giustizia e serviva al trionfo della verità ed alla tutela dell'innocenza».

(17) Per alcuni casi di applicazione GIANTURCO V., *Il ricorso per cassazione*, cit., p. 39; ALOISI U. – MORTARA L., *Commento all'art. 534*, in *Codice di Procedura Penale*, Torino, 1924, p. 607.

(18) CATALANO E. M., *Giurisprudenza creativa nel processo penale italiano e nella common law: abnormità, inesistenza e plain error rule*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1996, I, p. 302: «il problema ebbe a manifestarsi all'attenzione della giurisprudenza in seguito all'entrata in vigore del codice Rocco che vide la soppressione di un rimedio, il ricorso nell'interesse della legge, disciplinato nei codici previgenti e idoneo a garantire il sindacato della corte di cassazione in tutti gli impensabili casi in cui un provvedimento non fosse previsto dalla legge»; MENCARELLI F., *Il provvedimento abnorme nella teoria del processo penale*, Napoli, 1984, p. 19: «abolito nel nuovo codice il cosiddetto ricorso nell'interesse della legge, restavano prive di qualsiasi tutela, per il principio di inoppugnabilità, le sentenze di proscioglimento eventualmente recanti pronunce in contrasto con il loro contenuto di proscioglimento».

(19) In particolare secondo DEL POZZO C. U., *Le impugnazioni penali. Parte generale*, Padova, 1951, p. 222, il ricorso nell'interesse della legge era idoneo «ad ovviare ai più gravi inconvenienti che potessero scaturire da determinate abnormi situazioni». Sul punto anche VANNINI O. – COCCIARDI G., *Manuale di diritto processuale penale italiano*, ed. agg., Milano, 1986, p. 673.

La situazione sopra descritta è stata ulteriormente aggravata a causa della concomitante innovazione introdotta con il medesimo codice del 1930, ovvero il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione (20).

In sintesi, tale fondamentale regola ha come presupposto logico «una normale inoppugnabilità della pronuncia giudiziale» (21) nei casi di silenzio legislativo, ossia in mancanza di un'esplicita previsione del rimedio esperibile.

Di riflesso, ne deriva che è esclusivo compito del legislatore, in ottemperanza al suddetto principio, da un lato, prevedere l'astratta impugnabilità di un dato provvedimento; dall'altro, determinare lo specifico mezzo di impugnazione in concreto esperibile (22).

Così delineati i tratti essenziali dell'istituto, risulta agevole la comprensione della seguente problematica: la ferrea applicazione del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione comporta, inevitabilmente, l'impossibilità di far valere dinanzi al giudice superiore qualsivoglia patologia (23), se contenuta in provvedimenti giurisdizionali non dichiarati espressamente impugnabili dalla legge (24).

(20) La tassatività dei mezzi di impugnazione costituisce un pilastro fondamentale fra i principi generali in tema di impugnazione. Per uno studio essenziale del principio nel processo penale si rinvia ai contributi di BARGIS M., *Impugnazioni*, in CONSO G. – GREVI V. – BARGIS M., *Compendio di procedura penale*, 7^a ed., Padova, 2014, p. 934 ss.; RANALDI G., voce *Impugnazioni (in generale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, agg., Torino, 2008, p. 444; DI BUGNO C., *L'impugnabilità oggettiva*, in CHIAVARIO M. MARZADURI E., *Le impugnazioni*, I, Torino, 2005, p. 2 ss.; SPANGHER G., voce *Impugnazioni (diritto processuale penale: profili generali)*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 2002, p. 1; ID., voce *Impugnazioni penali*, in *Dig. Disc. Pen.*, VI, Torino, 1992, p. 221; APRILE E., *Le impugnazioni penali*, Milano, 2004; VERRINA G., *Principio di tassatività delle impugnazioni, provvedimenti abnormi e ricorso per cassazione*, in *Giur. It.*, 2003, p. 56; GALATI A. – ZAPPALÀ E., *Le impugnazioni*, in SIRACUSANO D. – GALATI A. – TRANCHINA G. – ZAPPALÀ E., *Diritto processuale penale*, 5^a ed., Milano, 2001, p. 449 ss.; LUPACCHINI O., *Profili sistematici delle impugnazioni penali*, in AA.VV., *Le impugnazioni penali*, I, Torino, 1998, p. 81; RAMAJOLI S., *Le impugnazioni penali: appello, cassazione, revisione*, Milano, 1994, spec. p. 5; LEONE G., voce *Impugnazioni. II) Diritto processuale penale: profili generali*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989, p. 1.

(21) DEL POZZO C. U., voce *Impugnazioni (diritto processuale penale)*, in *N. ssimo Dig. It.*, VIII, Torino, 1965, p. 416.

(22) Sotto questo punto di vista, è stato correttamente osservato che il principio di tassatività deve essere inteso nella duplice direzione della previsione legislativa dell'impugnazione e, quando questa sia consentita, della determinazione del mezzo specificamente indicato. In tal senso *ex multis* MELE L., *sub art. 568*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da CHIAVARIO M., VI, Torino, 1991, p. 23.

(23) In linea generale, il c.p.p. del 1930 tendeva a salvaguardare l'economia dei giudizi a discapito della possibilità, per il soggetto interessato, di ottenere la riforma della decisione pregiudizievole. La conferma di quanto appena osservato si rintraccia nella *Relazione del Guardasigilli al Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e codice di procedura penale*, VIII, Roma, 1929, p. 22 ss.

(24) GIALUZ M., *sub art. 568*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di GIARDA A. – SPANGHER G., p. 6969, ha efficacemente affermato che, in virtù del principio di tassatività delle impugnazioni «rimane esclusa ogni impugnazione non prevista». Nell'attuale codice di procedura penale

In altre parole, la garanzia del sindacato del giudice superiore non dovrebbe più trovare spazio nei confronti di quei provvedimenti che, seppure gravemente viziati, fossero stati formalmente non rapportabili ad alcun «*tipo impugnabile*» (25).

2. L'origine dell'abnormità.

Le questioni problematiche appena prognosticate non hanno tardato ad emergere nel nuovo sistema processuale.

Nello specifico, l'impulso per l'elaborazione del concetto abnormità è stato generato da una peculiare vicenda giudiziaria: un giudice di primo grado, nel prosciogliere l'imputato dall'accusa di violazione di legge fiscale per intervenuta prescrizione del reato, lo aveva al contempo condannato al pagamento del tributo ed alle spese del giudizio (26).

Tale decisione, difatti, recava un'evidente antinomia (27): sebbene la sentenza di proscioglimento fosse oggettivamente inappellabile per l'imputato, in essa era stata indebitamente immessa una condanna, che il soggetto avrebbe viceversa avuto il massimo interesse a contestare mediante impugnazione.

Una siffatta ipotesi processuale, fortemente pregiudizievole per il soggetto formalmente prosciolto, avrebbe trovato efficace rimedio nella proposizione di un ricorso per cassazione nell'interesse della legge; ricorso che, come già in precedenza evidenziato, era stato abrogato dal legislatore.

Orbene, la Corte di Cassazione, in assenza di una positiva valvola di sfogo dell'ordinamento giuridico, ha tentato di risolvere questo intricato *rebus* giuridico ricorrendo alla sperimentazione di un nuovo principio (28).

il principio è enunciato all'art. 568, co. 1: «*la legge stabilisce i casi nei quali i provvedimenti del giudice sono soggetti a impugnazione e determina il mezzo con cui possono essere impugnati*»; identico per contenuto era il riferimento normativo dell'art. 190, co. 1, c.p.p. del 1930, stando al quale «*la legge stabilisce i casi nei quali i provvedimenti del giudice sono soggetti ad impugnazione e determina il mezzo con cui possono essere impugnati*».

(25) Così PIERRO G., *Appunti per una teoria generale dell'abnormità nel processo penale*, in *Giust. Pen.*, 1968, III, p. 322.

(26) Infatti, la condanna al pagamento del tributo ed alle spese di lite in favore della parte civile, ex art. 23 c.p.p. del 1930, non poteva essere statuita dal giudice nelle ipotesi di proscioglimento dell'imputato.

(27) Il riferimento è proprio alla vicenda giudiziaria oggetto della prima pronuncia edita in tema di abnormità, ovvero Cass. Pen., 20 Marzo 1933, Pres. Aloisi, in *Giust. Pen.*, 1933, II, p. 1829.

(28) Esemplifica TISCINI R., *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, 2005, p. 209, nota 392, che «*la teoria dei provvedimenti abnormi era stata inizialmente elaborata solo per le sentenze e si*

Il dichiarato intento giurisprudenziale era quello di *bypassare*, attraverso l'abnormità, la formale inoppugnabilità di siffatti provvedimenti, sulla scorta di ineludibili esigenze di giustizia sostanziale (29).

Alla luce di ciò e senza ancora entrare nel merito dell'analisi (30), è opportuno evidenziare sin d'ora la finalità originaria dell'abnormità: togliere alle sentenze gravemente viziate il diritto di cittadinanza nell'ordinamento giuridico (31). In altri termini, subordinare l'annullamento di un provvedimento oggettivamente inoppugnabile alla sola condizione che esso sia qualificabile come *abnorme*, con la conseguenza che l'impugnazione proposta sarà al contempo ammissibile e fondata solo se tale patologia effettivamente sussiste; viceversa, qualora la parte non riesca a dimostrare l'esistenza del vizio, l'impugnazione eventualmente proposta verrà dichiarata inammissibile in quanto infondata (32).

3. Le sentenze c.d. stravaganti, ovvero il profilo strutturale dell'abnormità.

Come poc'anzi anticipato, l'abnormità nasce dall'esperienza giurisprudenziale penalistica (33) muovendo da un profondo spirito di equità e giustizia (34): impedire

fondava sul fatto che -una volta abolito con il codice del 1930 il c.d. ricorso nell'interesse della legge- restavano prive di tutela (per il principio di inoppugnabilità) le sentenze di proscioglimento recanti pronunce in contrasto con il loro contenuto».

(29) I termini di questa affermazione, del tutto pacifica in dottrina ed in giurisprudenza, verranno opportunamente chiariti in seguito nel testo. Basti per il momento rinviare alle osservazioni di CATALANO E. M., *Giurisprudenza creativa*, cit., p. 301, per la quale «*di fronte all'assurdo di un provvedimento incompatibile con il nostro ordinamento giuridico ma sottratto ad ogni rimedio, esigenze di giustizia sostanziale hanno indotto i giudici a introdurre una deroga alla tassatività dei gravami*».

(30) Su cui v. *infra*, Cap. I, Sez. II, p. 30 ss.

(31) ALOISI U., *Applicazioni giurisprudenziali sui nuovi codici*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1935, p. 460: «*quelle sentenze le quali per la singolarità del loro contenuto non era possibile che il legislatore prevedesse e che perciò sono da considerare come extra-vagantes rispetto al nostro ordinamento giuridico, non possono in nessun caso ottenerne diritto di cittadinanza, ma debbono essere assoggettate agli ordinari controlli giurisdizionali per essere poste nel nulla, come meritano*».

(32) L'utilità di tale chiarimento preliminare sarà evidenziata *infra*, Cap. I, Sez. I, pp. 28 – 29.

(33) La prima pronuncia in materia risale a Cass. Pen., 20 Marzo 1933, cit., p. 1829: «*è proponibile l'appello da parte dell'imputato avverso la sentenza che, pur applicando l'amnistia e dichiarando estinto il reato, dichiara la colpevolezza dell'imputato senza applicare la pena*». V. anche Cass. Pen., 30 marzo 1933, Pres. Aloisi, in *Giust. Pen.*, 1933, III, p. 855: a fronte di un'imputazione per contravvenzione alla legge sulla tassa di scambio, la sentenza emanata dal giudice proscioglie l'imputato per inesistenza del reato e – contemporaneamente – lo condanna al pagamento della tassa evasa ed alle spese del giudizio; la cassazione annulla senza rinvio la sentenza per essersi verificata una «*anomala situazione processuale, per manifesto eccesso dei poteri della giurisdizione*».

(34) Così TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 207. Sul legame fra abnormità ed equità CATALANO E. M., *Giurisprudenza creativa*, cit., p. 300: «*con riferimento al concetto di abnormità, infatti,*

alle violazioni più eclatanti di passare inosservate, per effetto del rigido principio di tassatività dei mezzi di impugnazione.

Peraltro, siffatta dichiarazione di intenti ha trovato fin da subito il suo positivo fondamento in argomentazioni di carattere giuridico.

Nello specifico, è stato affermato che quando la sentenza di proscioglimento, di per sé oggettivamente inoppugnabile (35), contenga al suo interno statuizioni di condanna, essa finisce per porsi completamente al di fuori del sistema processuale (36), potendo essere qualificata come «*extravagantes*» (37) rispetto all'intero ordinamento giuridico; ciò in quanto il vizio – *rectius* il conflitto – ivi contenuto rende la decisione emanata del tutto imprevedibile (38).

Muovendo da tali premesse è stata evidenziata, *a fortiori*, l'impossibilità per il legislatore di prevedere il rimedio esperibile avverso quel peculiare provvedimento (39), che, quindi, poteva dirsi incensurabile solo all'apparenza.

Infatti, come è stato del pari sostenuto, la regola dell'inoppugnabilità dei provvedimenti non dichiarati espressamente impugnabili dalla legge può assumere valore esclusivamente in riferimento ai tipi di decisione astrattamente ipotizzati dal

ad ispirare lo sforzo creativo della giurisprudenza è stato il proposito, squisitamente equitativo, di assoggettare a gravame provvedimenti giurisdizionali extra ordinem».

(35) Come appena anticipato *retro* Cap. I, Sez. I, p. 9, nota 33, la fattispecie processuale sottesa all'elaborazione dell'abnormità concerne una dichiarazione di estinzione del reato per amnistia. Siffatta pronuncia, qualora fisiologicamente emanata, veniva *ratione temporis* pacificamente considerata inoppugnabile al pari di una sentenza di proscioglimento. Il dato era ricavato dal sistema legislativo allora vigente, argomentando *ex artt.* 387, 399, 421, 514, 515 e 526 c.p.p. del 1930. Sul punto v. anche la *Relazione al progetto definitivo del codice penale del 1930*, cit., p. 30, nonché la giurisprudenza registratasi sulla questione a partire dalla pronuncia a sezioni unite di Cass. Pen., 24 aprile 1933, Pres. Petroni, in *Giust. Pen.*, 1932, II, p. 1704.

(36) Il seguente stralcio del pensiero di ALOISI U., *Applicazioni giurisprudenziali*, cit., p. 459, è in grado di far luce sulle aporie che l'A. avrebbe voluto comporre mediante l'utilizzo dell'abnormità: «*è noto che soltanto i provvedimenti che la legge dichiara soggetti ad impugnazione, indicandone espressamente il mezzo, sono suscettibili di essere deferiti al controllo del giudice superiore. Sennonché, nella pratica, si presentava il quesito seguente: dovranno considerarsi impugnabili o meno quelle sentenze, le quali contengano decisioni che per il loro oggetto non sia possibile inquadrare in veruna di quelle categorie di sentenze, per le quali il legislatore, coerentemente al suo sistema, ammette o vieta l'impugnazione?*».

(37) Espressione coniata da ALOISI U., *Applicazioni giurisprudenziali*, cit., p. 460.

(38) In una fattispecie processuale analoga a quella che ha dato vita all'elaborazione del concetto, Cass. Pen., 18 febbraio 1938, Pres. Aloisi, in *Scuola Positiva*, 1939, II, p. 84, parla di «*contenuto assolutamente abnorme*» della sentenza emanata in primo grado.

(39) Così efficacemente CORDERO F., *Guida al codice di procedura penale*, Torino, 1986, pp. 405 – 406: «*le formule legali tassative (...) postulano una fenomenologia dell'anomalo, ma nel mondo avvengono cose ancora più storte: e vanno corrette, con adeguata ortopedia, sebbene il legislatore taccia, perché non aveva spinto fin lì l'estro calcolante pessimistico*».

legislatore. Di contro, essa non trova applicazione per le pronunce non disciplinate, in quanto ritenute non astrattamente possibili (40).

Ad Aloisi il merito di aver elaborato il concetto abnormità (41), finalizzato alla repressione di condotte del tutto singolari dell'organo giudicante, manifestazione di un generico «*eccesso di potere*» (42).

Sulla medesima linea di pensiero Escobedo, il quale ha altresì invocato a sostegno delle ragioni dell'abnormità un principio dal chiaro sentore giusnaturalistico: la teoria della non contraddizione dell'ordinamento giuridico (43).

In particolare, l'intrinseca coerenza del sistema imporrebbe, per non comprometterne la sopravvivenza, l'elusione di qualsiasi pronuncia aberrante; dunque, la categoria dell'abnormità, sotto questo punto di vista, contribuiva a riequilibrare il sistema, che altrimenti non avrebbe esitato, nel tempo, ad autodistruggersi (44).

3.1. L'ammissibilità dell'impugnazione avverso le sentenze strutturalmente abnormi.

Venendo alla *pars costruens* del ragionamento, sia Aloisi che Escobedo hanno sostenuto la possibilità di impugnare davanti al giudice superiore le decisioni affette da abnormità in virtù dell'applicazione analogica (45) delle norme generali dettate in

(40) Secondo ESCOBEDO G., *Limiti d'applicazione e critica dell'art. 190 c.p.p., con particolare riferimento alle sentenze in materia di contravvenzioni alla legge sismica*, in *Giust. Pen.*, 1935, IV, p. 97, per il legislatore è stato impossibile regolare l'impugnazione di siffatti provvedimenti, in quanto impensabili, con la conseguenza che «*il limite restrittivo di cui all'art. 190 non è applicabile allorché la sentenza sia tale cui pareri rerum natura non potest, o più semplicemente, allorché il provvedimento da impugnare non è previsto dalla legge come legalmente possibile*».

(41) ALOISI U., *Applicazioni giurisprudenziali*, cit., p. 459 ss.; ID., *Impugnazioni nel processo penale*, in *N.vo Dig. It.*, IV, Torino, 1938, p. 855; ID., *Manuale pratico di procedura penale*, III, Milano, 1952, p. 44 ss.; LEONE G., *Trattato di diritto processuale penale*, I, Napoli, 1961, p. 768, definisce l'abnormità una «*utilissima categoria per una corretta amministrazione della giustizia*».

(42) Così ALOISI U., *Applicazioni giurisprudenziali*, cit., p. 459, descrive a livello generale la patologia che affligge siffatti provvedimenti. Peraltro, ad oggi, il tema dello specifico vizio di potere posto in essere dal giudice che emana provvedimenti abnormi riveste molta importanza, in quanto rappresenta il fulcro centrale dell'istituto: per tali motivi, ogni questione relativa alla sua identificazione sarà ripresa e trattata ampiamente *infra*, Cap. I, Sez. II, pp. 55 – 59, dopo aver previamente analizzato l'evoluzione storica del concetto, nonché esaminato i confini dogmatici della categoria.

(43) ESCOBEDO G., *Atto giudiziale inesistente ed amnistia*, in *Giust. Pen.*, 1938, IV, p. 680. Per la verità, l'A. riporta, facendolo proprio, il pensiero espresso in passato da NICOLINI N., *Della procedura penale nel regno delle due Sicilie*, I, Napoli, 1828, p. 446.

(44) La considerazione è riproposta da CATALANO E. M., *Giurisprudenza creativa*, cit., p. 308.

(45) Pur nella consapevolezza che l'approfondimento della tematica richiederebbe ampi ed autonomi studi, nel breve spazio di questa nota si intende essenzialmente delineare la struttura del ragionamento analogico. Sotto questo punto di vista, l'opera che rappresenta tutt'ora una solida base

materia di impugnazione, sussistendone i presupposti (46): a tal fine è stato sostenuto che, a fronte di una lacuna involontaria – consistente nella mancata disciplina del tipo di

scientifica di riferimento è quella di BOBBIO N., *L'analogia nella logica del diritto*, Milano, 1938: l'A. analizza la tematica dell'analogia partendo dal piano della logica, per poi trasportarne le conseguenze al piano del diritto. Volendo ripercorre i tratti salienti dell'indagine, l'A. definisce anzitutto ragionamento per analogia «*quello per cui, posti due termini collegati da una somiglianza, si attribuisce anche al secondo il predicato del primo. Ridotto al suo schema più semplice si esprime in questi termini: Q è P; S è simile a Q; S è P*» (p. 115). L'asse portante dell'analogia viene dunque rintracciato nel concetto di somiglianza, intesa come relazione fra due oggetti che hanno un qualcosa in comune (indicato con M). Facendo leva su di quest'ultimo, l'A. scompone così il ragionamento in due distinti rapporti di identità: se Q è P, allora Q è M; se S è P, allora S è M. Ad ogni modo, a prescindere dalle variabili in cui può essere scomposta l'analogia, la sua validità dipende dal *quid* M che accomuna Q ed S in un rapporto di similitudine, per cui M deve essere la ragione sufficiente per la quale Q è P. Dopo aver dettato tali punti fermi sul piano logico, l'A. ritiene di poter applicare, mediante una sorta di trasposizione intellettuale, le conclusioni così ottenute all'ambito del diritto, ed è in questa sede che sviluppa la seguente teoria sull'analogia giuridica: «*posta la situazione Q avente le conseguenze giuridiche P e posta una situazione S simile alla situazione Q, si conclude che S deve avere le conseguenze giuridiche P*» (p. 129); il fattore somiglianza sarà in tal caso costituito dalla *ratio legis* delle due fattispecie. Inoltre, l'analogia giuridica – al pari di quanto avviene sul piano della logica formale – può sottintendere, a seconda dei casi, o un ragionamento di tipo deduttivo, «*quando la situazione particolare prevista dalla legge da estendersi al caso simile non sia assunta con un valore tassativo, bensì come esemplificazione di una proposizione generale, vale a dire come una specie rappresentante il genere*» (p. 131), o un ragionamento di tipo induttivo, cioè «*quando la validità della prima proposizione riposi sopra la constatazione empirica di un nesso necessario di causalità e non sulla derivazione da un principio*» (p. 132). Orbene, nel caso di lacuna soggettiva, ovvero dipendente da un'insufficiente regolamentazione legislativa, l'estensione analogica assume i connotati di una deduzione, fondando la sua validità su quei principi generali che formano un patrimonio giuridico comune, pur se non accolti in alcuna formula legislativa; viceversa, nel caso di lacuna oggettiva, cioè dipendente dalla formazione di un nuovo rapporto o istituto, l'estensione analogica procede generalmente per via induttiva, in quanto va comparativamente osservata la somiglianza del caso nuovo con quello già regolato. Successivamente in dottrina, per impostazioni sia costruttive che velatamente critiche, cfr. CAIANI L., voce *Analogia*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, pp. 363 – 364, per il quale «*la norma, se può essere considerata strutturalmente come un giudizio, appartiene piuttosto alla categoria dei giudizi di valore che non a quella dei giudizi logici o dei giudizi di fatto*», nonché GIANFORMAGGIO L., voce *Analogia*, in *Dig. Disc. Priv.*, I, Torino, 1987, p. 323 ss., la quale, dopo aver escluso che il procedimento analogico possa essere considerato in termini di probabilità o certezza, bensì solo come valido o invalido, ha soggiunto sotto un consequenziale punto di vista che «*il problema dell'analogia giuridica consiste nella prova della giuridicità di M e non in quello della validità di un ragionamento che assuma M come già provato o non bisognoso o non suscettibile di prova. Solo se questa prova riesce, risulterà giustificata in base al diritto la decisione conclusiva*». Per una ricostruzione del procedimento analogico come proporzione matematica fra due gruppi di termini, ove la disciplina da dover applicare alla fattispecie che ne è sfornita rappresenta l'incognita, v. TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, spec. p. 352. Sulla distinzione fra procedimento analogico ed interpretazione estensiva, la quale non aveva trovato in Bobbio autonoma rilevanza, cfr. GIANNINI M. S., *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, p. 528 ss., secondo il quale «*nella prima [analogia] si estende una norma puramente e semplicemente, mentre nella seconda [interpretazione estensiva] si estende una norma in virtù di un principio contenuto in altra norma di grado superiore, cioè a dire che la seconda è una forma d'integrazione*»; in seguito sulla questione lo stesso BOBBIO N., *Analogia* (1957), in *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, p. 6. V. infine l'interessante contributo di MODUGNO F., *L'analogia nella logica del diritto*, in www.rivistaaic.it, 15 dicembre 2010.

(46) Potendo meramente sintetizzare il risultato di elaborati ed approfonditi studi sulla tematica, per i quali non può che rinviarsi alle voci enciclopediche di CALCATERRA G., voce *Analogia*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1990, p. 1 ss.; VASSALLI G., voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, Torino, 1987, p. 159 ss.; CAIANI L., voce *Analogia*, cit., p. 348 ss.; GIANFORMAGGIO L., voce *Analogia*, cit., p. 323 ss.; BOBBIO N., voce *Analogia*, in *N.s.simo Dig. It.*, I, Torino, 1957, p. 601 ss., nonché ai riferimenti ivi contenuti, il procedimento analogico consiste in un meccanismo attraverso il quale, ipotesi

provvedimento emanato e, dunque, del relativo regime giuridico – debbono essere applicate le regole dettate in via generale per fattispecie simili.

Peraltro, sotto questa direzione, va rilevata la sfumatura prospettica del pensiero di Aloisi, per il quale l'ammissibilità del giudizio di appello, seppur costituente il risultato di un ragionamento analogico (47), discende logicamente dall'equiparazione della decisione abnorme emanata in primo grado ad una sentenza di condanna, stante la prevalenza del suo contenuto sostanziale (48).

Si tenga a mente, per comodità, l'esempio sopra riportato concernente il proscioglimento per amnistia accompagnato dalla dichiarazione di responsabilità dell'imputato agli effetti civili: in tale ipotesi, il dato formale della mancata applicazione della pena deve recedere dinanzi alla sostanziale affermazione di colpevolezza immessa nel dispositivo (49).

Peraltro, la possibilità di ottenere l'annullamento di tali singolari sentenze (50) da parte del giudice superiore (51) costituiva adeguata tutela dell'interesse dell'imputato

di specie non espressamente regolate a livello normativo, vengono ricondotte sotto l'ambito della disciplina prevista per casi o materie simili. Due sono le condizioni necessarie per dare avvio a questo tipo di operazione ermeneutica: la presenza di una lacuna legislativa involontaria – laddove invece la lacuna sia qualificabile come volontaria, l'interprete è tenuto ad adeguarsi alle scelte del legislatore – e la sussistenza di una relazione di somiglianza fondata sull'identità di *ratio*, intercorrente fra il caso regolato e quello non regolato. Sul secondo aspetto cfr. specificamente COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, pp. 154 – 155, per cui «stabilire l'*eadem legis ratio* è, per ciò stesso, applicare il principio di eguaglianza: operazione questa che non si esaurisce col limitarsi a considerare la ragione, il motivo, il mero obiettivo da realizzare tout court, ma che postula anche la determinazione delle premesse giuridiche e di fatto necessarie a fondare ogni possibile applicazione della regola giuridica nei limiti consentiti dalla fattispecie. In definitiva, l'*eadem iuris dispositio* presuppone l'esistenza di una *eadem ratio* che implica, a sua volta, il rispetto del principio di uguaglianza come coefficiente imprescindibile al ricorso all'analogia».

(47) MENCARELLI F., *Il provvedimento abnorme*, cit., p. 20: «la contrapposizione veniva ad essere composta dall'Aloisi (...) con la conseguente possibilità (...) dell'applicazione, per analogia, alle sentenze abnormi del sistema di impugnazioni dettato dal codice».

(48) Viceversa ESCOBEDO G., *Limiti d'applicazione e critica dell'art. 190 c.p.p.*, cit., p. 99, si limita ad osservare che «poiché il legislatore non può prevedere tutto, e tanto meno può prevedere e regolare le eventuali pronunzie aberranti del giudice, è illogico limitare tassativamente (...) il diritto di impugnazione ai casi espressamente previsti nella legge».

(49) Cass. Pen., 20 marzo 1933, Pres. Aloisi, cit., p. 1881: «se pertanto il ricorrente aveva diritto di interporre appello contro la sentenza che lo avesse assolto per insufficienza di prove, a maggior ragione quel diritto è d'uopo riconoscergli di fronte a una sentenza che, pure esimendolo da pena, lo dichiarasse colpevole ammettendo la sussistenza del fatto e a lui attribuendolo».

(50) Peraltro, ALOISI U., *Applicazioni giurisprudenziali*, cit., p. 460, individua originariamente due ordini di restrizioni: il rimedio è esperibile solo avverso le sentenze, e per soli *errores in procedendo*. Sul punto anche PIERRO G., *Appunti*, cit., pp. 321 – 323. La categoria dell'abnormità si amplierà poi con lo scorrere del tempo (cfr. *infra* Cap. I, Sez. I, p. 20, nonché, con particolare riferimento alla casistica giurisprudenziale, Cap. I, Sez. II, pp. 53 – 54, con relativi riferimenti in nota).

(51) Sull'attuale esclusività dello scrutinio di abnormità da parte della Corte di Cassazione v. *infra*, Cap. I, Sez. I, p. 19.

a che la sentenza emanata non producesse nei suoi confronti alcun effetto pregiudizievole (52).

Tale era infatti il rischio congenito di siffatte decisioni, le quali, a differenza di quelle giuridicamente – o *a fortiori* materialmente – inesistenti (53), erano da Aloisi reputate idonee a passare in giudicato in assenza di impugnazione (54).

3.2. Le critiche all'ammissibilità dell'impugnazione avverso le sentenze strutturalmente abnormi ed il loro successivo declino.

Il plauso per l'elaborazione giurisprudenziale (55) del concetto abnormità non è stato inizialmente unanime in dottrina.

Secondo Del Pozzo, l'approdo all'abnormità rappresentava una sorta di «*acrobazia giuridica*» (56), posto che il principio di tassatività delle impugnazioni

(52) Sotto questo punto di vista, CORDERO F., *Procedura penale*, 8^a ed., Milano, 2006, p. 1107, descrive l'abnormità quale «*invenzione terapeutica*». In passato ESCOBEDO G., *Limiti d'applicazione e critica dell'art. 190 c.p.p.*, cit., p. 93, aveva evidenziato il rischio insito – ad esempio – nell'impossibilità, per il soggetto imputato, di impugnare la sentenza che lo assolve dal reato di falso in atto pubblico, al contempo dichiarando in dispositivo la falsità oggettiva dell'atto. Orbene, tale dichiarazione «*passa in giudicato anche agli effetti civili, non potendo mettersi più in dubbio nel giudizio civile la esistenza obbiettiva della falsità in base all'art. 28 c.p.p. [del 1930]*», con evidenti effetti pregiudizievoli nell'eventuale giudizio di risarcimento danni cagionato alla persona offesa dal reato. Va ad ogni modo precisato che lo stesso A. aveva in precedenza assunto un atteggiamento meno rigoroso nei confronti del fenomeno: infatti, ESCOBEDO G., *Atto giudiziale inesistente ed amnistia*, cit., *passim*, nel caso di condanna dell'imputato al pagamento del tributo dichiarata nella sentenza di proscioglimento per amnistia da un reato fiscale, riteneva inesistente la decisione per sopravvenuta carenza del potere giurisdizionale del giudice penale di statuire agli effetti civili.

(53) Il concetto di inesistenza giuridica della decisione ed i suoi rapporti col fenomeno dell'abnormità verranno analizzati *infra* Cap. I, Sez. II, p. 38 ss.

(54) ALOISI U., *Applicazioni*, cit., *passim*. Rimandando ad *infra*, Cap. I, Sez. II, spec. pp. 42 – 46, l'analisi specifica della questione, si anticipa in questa sede che, mentre il dato può dirsi ad oggi generalmente acquisito in dottrina ed in giurisprudenza, sulla questione non si è avuta iniziale unanimità di vedute; diverse, infatti, sono state le opinioni espresse a riguardo. Stando ad un primo orientamento, la sentenza abnorme è idonea a passare in giudicato formale e sostanziale, a differenza della pronuncia inesistente (SAYA F., *Unità della giurisdizione e sentenza inesistente*, in *Giust. Pen.*, 1948, III, p. 77; DEL POZZO C. U., *Le impugnazioni penali*, cit., p. 228; LOASSES C., *Delle impugnazioni non stabilite dalla legge*, in *Giur. Cass. Pen.*, 1949, I, p. 31). Viceversa, per un secondo orientamento, dal punto di vista degli effetti sortiti, il provvedimento abnorme non si discosta dalla sentenza inesistente, in quanto anch'esso inidoneo a passare in giudicato sostanziale (FRISOLI P., *Incertezze giurisprudenziali in tema di sentenza inesistente*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1952, p. 798; MANZINI V., *Sentenze abnormi e sentenze inesistenti*, in *Giur. Compl. Cass. Pen.*, 1947, I, p. 40).

(55) Fra le altre pronunce inizialmente avutesi in tema di abnormità Cass. Pen., 30 marzo 1933, Gentili, in *Giust. Pen.*, 1933, III, p. 855; Cass. Pen., 7 giugno 1933, Operti, in *Giust. Pen.*, 1933, II, p. 1831; Cass. Pen., 12 novembre 1934, Zampichelli, in *Giust. Pen.*, 1935, IV, p. 81; Cass. Pen., 30 marzo 1935, Berta, in *Giust. Pen.*, 1935, IV, p. 391; Cass. Pen., 24 aprile 1935, Arcidiacono, in *Giust. Pen.*, 1935, IV, p. 511; Cass. Pen., 25 gennaio 1937, Cari, in *Giust. Pen.*, 1938, IV, p. 487; Cass. Pen., 18 febbraio 1938, cit.; Cass. Pen., 24 aprile 1938, Villari e Di Neo, in *Scuola Positiva*, 1939, II, p. 84; Cass. Pen., 3 febbraio 1939, Tromboli, in *Giust. Pen.*, 1940, IV, p. 37.

restava pur sempre la regola generale, e come tale doveva essere rispettata, a prescindere dagli effetti distorti che avrebbero potuto verificarsi in dette peculiari fattispecie (57).

Dunque, nei casi di emanazione di sentenze c.d. *extravagantes*, l'applicazione in via analogica della disciplina dettata per l'impugnazione della sentenza di condanna finiva inevitabilmente per configurarsi *contra legem* (58).

Le critiche mosse (59) avverso il – pur lodevole (60) – intento di arginare in via interpretativa le ipotesi di macroscopico errore del giudice sono state recepite da una parte della giurisprudenza di legittimità, registratasi a metà del secolo scorso, stando alla quale, nonostante talune imperfezioni o disfunzioni del sistema processuale, in nessun

(56) DEL POZZO C. U., *Legalità e giustizia (a proposito d'impugnabilità oggettiva)*, in *Scuola Positiva*, 1939, p. 88. In particolare secondo l'A., op. cit., pp. 86 – 87, «resta, pilastro fondamentale del nostro sistema delle impugnazioni, il principio che i provvedimenti che la legge non dichiara espressamente soggetti ad un determinato mezzo d'impugnazione sono inoppugnabili (...). Contro questo muro insuperabile cozza la tesi anzi ricordata, pur dettata da nobili aspirazioni ad una più sostanziale giustizia».

(57) Nel testo è stato fatto riferimento al fenomeno dell'abnormità intesa quale macroscopico errore compiuto dal giudice. Eppure, nel tempo vi sono state pronunce, ancor più peculiari, le quali hanno finito per costituire una sottospecie casistica del fenomeno: il riferimento è alle sentenze volutamente abnormi, ovvero le c.d. «*sentenze suicide*», per utilizzare l'espressione coniata da ESCOBEDO G., *Sentenze suicide in Corte d'assise*, in *Giust. Pen.*, 1941, IV, p. 177; ID., *Le sentenze suicide*, Milano, 1942. Su tali fattispecie, ad ogni modo non rilevanti ai fini della presente ricerca, cfr. anche i contributi di FERRARA F., *Delitto e quasi - delitto giudiziario*, in *Giust. Pen.*, 1941, IV, p. 407; ESCOBEDO G., *Ancora delle sentenze suicide*, in *Giust. Pen.*, 1942, IV, p. 189; FLORIAN E., *Flagrante contrasto fra deliberazione e sentenza*, in *Giust. Pen.*, 1942, IV, p. 38; VASSALLI G., *Difetto di motivazione e redazione contraria alla deliberazione*, in *Giust. Pen.*, 1942, IV, p. 42; DE NICOLA E., *Rimedi giuridici a una sentenza anormale*, in *Giust. Pen.*, 1942, IV, p. 52; ANTOLISEI F., *La sentenza volutamente contraddittoria*, in *Giust. Pen.*, 1942, IV, p. 57.

(58) DEL POZZO C. U., *Legalità e giustizia*, cit., pp. 86 – 87. Per una limpida ricostruzione del pensiero inizialmente espresso da Del Pozzo si rinvia al contributo di PIERRO G., *Appunti*, cit., p. 324. Con tale impostazione concorda inoltre SABATINI G., *Amnistia, competenza funzionale, provvedimenti abnormi ed impugnazioni*, in *Giust. Pen.*, III, 1947, p. 322, per il quale «questa degli atti abnormi è un'altra escogitazione elucubrativa per forzare gli schemi logico-giuridici»; in particolare, per l'A. delle due l'una: o l'abnormità, considerata quale ipotesi di nullità del provvedimento, avrebbe comportato l'esperibilità dei rimedi previsti dalla legge processuale senza estendere analogicamente la lettera dell'art. 190 c.p.p. del 1930; o tale vizio avrebbe dovuto considerarsi un'ipotesi di inesistenza giuridica della decisione, come tale sottratto per definizione al sistema delle impugnazioni.

(59) Critico nei confronti dell'operazione ermeneutica sottesa al concetto di abnormità anche MANZINI V., *Sentenze abnormi e sentenze inesistenti*, cit., p. 40.

(60) In particolare DEL POZZO C. U., *Legalità e giustizia*, cit., p. 84: la soluzione adottata dalla giurisprudenza al fine di rendere ammissibili le impugnazioni proposte avverso sentenze gravemente viziate eppure oggettivamente inoppugnabili «*conduce ad una decisione equa, che appaga la coscienza*», e dunque, «*merita plauso incondizionato*». Cfr. anche FLORIAN E., *Diritto processuale penale*, Torino, 1939, p. 507, il quale, nel prendere posizione sull'abrogazione del ricorso nell'interesse della legge, nonché sul conseguente tentativo di colmare il vuoto mediante l'elaborazione dell'abnormità, così argomenta: «*la restrizione è gravissima ed inficiata, a quanto ci sembra, da un grande apriorismo, onde il tentativo di rompere il cerchio, in servizio d'una verace giustizia sostanziale, ci sembra degno di plauso benché molto ardito e dubitabile*».

caso l'interprete avrebbe potuto ricavare ulteriori casi di impugnazione rispetto a quelli già tassativamente predeterminati dalla legge (61).

Tale restrittivo indirizzo, peraltro criticato dalla restante parte della dottrina (62), nel tempo non ha avuto ulteriore seguito (63), complice soprattutto l'entrata in vigore della carta costituzionale (64).

(61) Inaugura tale indirizzo giurisprudenziale, poi rivelatosi del tutto recessivo, Cass. Pen., 3 dicembre 1937, Ollearo, in *Giust. Pen.*, 1938, IV, p. 554. Secondo questa impostazione, dunque, lo stringente dettato dell'art. 190, co. 2, c.p.p. del 1930 avrebbe dovuto intendersi quale regola generale insuscettibile di eccezioni. Conformi anche Cass. Pen., 13 maggio 1938, Tiengo, in *Giust. Pen.*, 1938, III, p. 916; Cass. Pen., 10 febbraio 1941, Piancastelli, in *Giust. Pen.*, 1942, IV, p. 201; Cass. Pen., 11 marzo 1942, Finelli, in *Annali Dir. Proc. Pen.*, 1942, p. 671; Cass. Pen., 6 luglio 1945, Giovenale, in *Riv. Pen.*, 1945, p. 297. Ad ogni modo, nel medesimo contesto temporale si registrano pronunce che hanno ammesso l'impugnazione avverso le sentenze abnormi: in tal senso Cass. Pen., 16 aprile 1946, Lanzi, in *Arch. Pen.*, 1947, II, p. 239, nonché Cass. Pen., 15 novembre 1944, Lella, in *Arch. Pen.*, 1945, II, p. 52.

(62) Nell'annotare criticamente la sentenza riportata alla nota precedente, ovvero Cass. Pen., 11 marzo 1942, cit., BERNIERI G., *La impugnabilità dei provvedimenti così detti abnormi*, in *Annali Dir. Proc. Pen.*, 1942, p. 672, osserva che «le norme di cui agli art. 516 e 526 non hanno affatto carattere tassativo, eccezionale o restrittivo di modo che non ne è vietata a priori l'estensione analogica». Rifuggendo da ogni impostazione metodologica, l'A. sostiene le ragioni, nel caso di specie, dell'ammissibilità del gravame avverso tale abnorme decisione. Giunge alle stesse conclusioni, seppur muovendo da diverse direttrici giuridiche, GUARNIERI G., *I provvedimenti abnormi sono ricorribili per cassazione?*, in *Scuola Positiva*, 1943, II, pp. 81 – 82, il quale così conclude: «il ricorso per cassazione contro le decisioni abnormi appare perfettamente proponibile». Sul punto anche TALASSANO F., *Impugnabilità dei provvedimenti penali abnormi*, in *Giur. Compl. Cass. Pen.*, 1947, I, p. 40. Più articolata l'impostazione adottata da DE MARSICO A., *Dogmatica e politica nella scienza del processo penale*, in *Nuovi studi di diritto penale*, Napoli, 1951, pp. 98 – 99, secondo il quale la possibilità di impugnare le decisioni affette da abnormità trova la sua matrice nella contrarietà di quest'ultime, più che al dato legislativo specifico, al «diritto obiettivo» generalmente inteso, conseguendone, in capo alla parte, «il potere diretto alla rimozione della sentenza ingiusta».

(63) In seguito, lo stesso DEL POZZO C. U., *La disciplina delle impugnazioni di provvedimento abnorme nel nuovo ordinamento processuale*, in *Giust. Pen.*, 1958, III, p. 608, afferma che «la impugnabilità del provvedimento abnorme può esser dedotta, non ostante l'apparente antinomia, dallo stesso art. 190 (...) che non può essersi riferito a provvedimenti (...) incompatibili con il sistema della legge». In particolare, dunque, DEL POZZO C. U., *Impugnazioni penali. Parte generale*, Padova, 1951, p. 228, rimedita la propria impostazione finendo per ammettere «in linea di principio l'impugnabilità di tutti i provvedimenti illegali che, per tale nota appunto, non vennero considerati dal legislatore, nel divieto dell'art. 190». In analoga direzione v. anche ID., voce *Impugnazioni (diritto processuale penale)*, cit., p. 419.

(64) Dunque la Corte di Cassazione, confortata dalla nuova disciplina costituzionale (su cui *amplius infra*, Cap. III, Sez. I, p. 134 ss.), ritorna sui suoi passi, confermando l'ammissibilità dell'impugnazione avverso i provvedimenti c.d. abnormi. Costituisce emblematica espressione del ristabilito indirizzo ermeneutico Cass. Pen., 4 marzo 1947, Motta, in *Giust. Pen.*, 1947, III, p. 326: «ammettere la impugnabilità dei c.d. provvedimenti abnormi risponde ad una necessità di logica giuridica in quanto il legislatore ha regolato i casi normali di impugnazione e non gli anormali, ma risponde soprattutto alla esigenza insopprimibile di una giustizia sostanziale». Conforme Cass. Pen., 5 marzo 1947, Cafiero, in *Giust. Pen.*, 1947, III, p. 202, per cui «è ammissibile il ricorso per cassazione, per violazione di legge, da parte dell'imputato, perché restano fuori dei limiti fissati dall'art. 190 cod. proc. pen. quelle particolari situazioni processuali non prevedibili al tempo della redazione del codice». V. anche Cass. Pen., 5 luglio 1947, Scalera, in *Giust. Pen.*, 1947, III, p. 311; Cass. Pen., 20 dicembre 1947, De Pompeis, in *Giust. Pen.*, 1949, III, p. 28; cfr. Cass. Pen., 4 dicembre 1949, Bastello, in *Giust. Pen.*, 1949, III, 290.

4. L'entrata in vigore della Costituzione ed i successivi sviluppi: la teoria del provvedimento abnorme.

L'entrata in vigore della Costituzione (65) ha rappresentato uno dei traguardi più significativi per l'evoluzione del concetto abnormità.

In tal senso ha assunto un ruolo fondamentale la disposizione di esordio della sezione II del titolo IV, dedicata alle norme sulla giurisdizione, ovvero l'art. 111, co. 2 (attualmente co. 7), stando al quale «*contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale pronunciati dagli organi ordinari e speciali, è sempre ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge*»; articolo che, con specifico riferimento al tema del provvedimento abnorme, ha comportato le seguenti numerose ripercussioni.

a) Innanzitutto tale innovazione, dato il valore immediatamente precettivo (66), si è fin da subito rivelata idonea ad influire sull'originaria impostazione dogmatica

(65) L'originario testo costituzionale è stato approvato dall'Assemblea Costituente il 22 dicembre 1947, nonché successivamente promulgato dal Capo – provvisorio – dello stato De Nicola il 27 dicembre 1947. La Costituzione è stata poi pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana al n. 298 del 27 dicembre 1947, edizione straordinaria, entrando ufficialmente in vigore il 1° gennaio del 1948. Ciò che interessa ai fini della nostra indagine è l'art. 111, attuale co. 7 (originariamente co. 2), il cui testo, rimasto immutato nonostante la riforma costituzionale n. 2 del 1999 sul c.d. giusto processo, appunto, così dispone: «*contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in cassazione per violazione di legge. Si può derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra*».

(66) I limiti oggettivi dell'elaborato non consentono di affrontare l'interessante tematica della precettività delle norme costituzionali, da considerarsi ormai dato pacificamente acquisito nel nostro sistema giuridico. In sintesi, dalle numerose elaborazioni avutesi in materia, può essere estratta la seguente regola: ogni norma costituzionale è efficace fin dal momento dell'entrata in vigore, con una precettività direttamente proporzionale alla determinatezza oggettiva nonché soggettiva del suo contenuto. Sul tema v. per gli opportuni riferimenti AMORTH A., *Il contenuto giuridico della Costituzione*, Modena, 1946, p. 13; ID., *La Costituzione italiana*, Milano, 1948, *passim*; CRISAFULLI V., *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, in *Scritti in memoria di Luigi Cosattini*, Trieste, 1948, p. 21; LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Roma, 1966, p. 512; PALADIN L., *Diritto costituzionale*, 2^a ed., Padova, 1995, p. 156. Copiosi anche gli studi dottrinali tesi a dimostrare l'immediata e diretta applicabilità, in particolare, dell'art. 111 Cost., fra i quali si segnalano: FALZONE V. – PALERMO F. – COSENTINO F., *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata coi lavori preparatori*, Roma, 1948, spec. p. 207 ss.; AZZARITI G., *La nuova costituzione e l'abrogazione delle norme che limitano le impugnazioni*, in *Foro It.*, 1948, IV, p. 38; BATTAGLINI E., *La portata dell'art. 111, comma 2, della Costituzione*, in *Foro Pad.*, 1948, IV, p. 121; ID., *Ancora sull'art. 111 della Costituzione*, in *Giust. Pen.*, 1950, III, p. 145; ID., *Appunti sulla applicazione pratica dell'art. 111 secondo comma della Costituzione*, in *Giust. Pen.*, 1950, III, p. 449; TESAURO G., *Le disposizioni della Costituzione e la loro efficacia normativa in relazione alle impugnazioni nel processo penale*, in *Foro Pen.*, 1950, p. 14; ID., *Ancora sull'art. 111 della Costituzione ed il sistema delle impugnazioni penali*, in *Foro Pen.*, 1950, p. 249; MARUCCI A., *La sentenza istruttoria e l'art. 111 della Costituzione*, in *Giur. Compl. Cass. Pen.*, 1950, II, p. 123; BIANCHI D'ESPINOSA L., *L'art. 111 della Costituzione e le sentenze impugnabili con ricorso per cassazione*, in *Foro Pad.*, 1951, IV, p. 121; ID., *La costituzione e il ricorso per cassazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1966, p. 105; SEVERINO M., *Il sistema delle impugnazioni penali dopo l'entrata in vigore dell'art. 111 della Costituzione*, in *Foro It.*, 1952, IV, p. 40; LAVAGNA C., *Ancora sull'art. 111 comma 2*

adottata dalla giurisprudenza e dalla dottrina in materia di abnormità, tutta imperniata – a prescindere dalle diverse conclusioni prospettate (67) – sui limiti di previsione, e dunque applicativi, dell’art. 190 c.p.p. del 1930 (68).

In particolare, è stata unanime la convergenza nel ritenere che la problematica relativa all’ammissibilità o meno dell’impugnazione potesse essere superata in virtù del dato costituzionale (69): infatti, il concetto assai lato di violazione di legge, posto dall’art. 111 Cost. come unica condizione per impugnare la decisione mediante ricorso per cassazione, ben si prestava ad inglobare variegate forme di invalidità, fra cui l’abnormità (70).

b) In secondo luogo, l’inquadramento del fenomeno nella disposizione costituzionale *de qua* ha comportato la configurabilità del vizio di abnormità anche nei confronti dei provvedimenti sulla libertà personale, del pari suscettibili di impugnazione (71).

della Costituzione, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1952, p. 654; DEL POZZO C. U., *L’art. 111 della Costituzione e l’impugnabilità oggettiva della sentenza di esecuzione del decreto penale*, in *Giust. Pen.*, 1952, III, p. 492; ID., *La disciplina delle impugnazioni di provvedimento abnorme nel nuovo ordinamento processuale*, in *Giust. Pen.*, 1958, III, p. 608; FRISOLI P., *Ancora sulla sfera di applicazione dell’art. 111 della Costituzione*, in *Riv. Pen.*, 1953, II, p. 369. In giurisprudenza, basti qui ricordare l’orientamento formatosi sulla diretta applicabilità della disposizione contenuta nell’art. 111, co. 2, Cost. a partire dagli interventi delle sezioni unite della Suprema Corte, ovvero Cass. Pen., 15 dicembre 1951, Carboni *at alia*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1952, p. 674; Cass. Pen., 5 novembre 1949, Lombardi, in *Arch. Pen.*, 1950, II, p. 172; Cass. Pen., 5 giugno 1949, Gorresi, in *Giust. Pen.*, 1949, III, p. 907. Le argomentazioni a giustificazione di tale impostazione sono prevalentemente incentrate sul valore gerarchicamente superiore della norma costituzionale rispetto alle disposizioni di rango ordinario, nonché sulla chiara precettività ed imperatività del disposto: sul punto, fra le altre, Cass. Pen., 7 febbraio 1948, Marcianò *et alia*, in *Arch. Pen.*, 1948, II, p. 213; Cons. Stato, 26 maggio 1948, Pignataro, in *Foro It.*, 1948, III, p. 113.

(67) Su cui cfr. *retro* Cap. I, Sez. I, pp. 9 – 16.

(68) In particolare FROSALI R. A., *Sistema penale Italiano*, IV, Torino, 1958, p. 372, per cui a fronte dell’innovazione introdotta mediante l’art. 111, co. 2, Cost., «il criterio (analogico) ammesso dalla prevalente giurisprudenza non ha più possibilità di attuazione, se non (sempre in bonam partem) in confronto a provvedimenti che non siano sentenze o non concernano la libertà personale dell’imputato». Peraltro, come si avrà modo di rilevare a breve nel testo, i riflessi della nuova disciplina costituzionale hanno interessato vari profili del fenomeno oggetto di indagine, ed in particolare: l’ambito oggettivo di applicazione, esteso anche alla categoria delle ordinanze; l’ampliamento delle ipotesi patologiche denunciabili; l’organo destinatario dell’impugnazione; nonché, infine, il termine per proporla.

(69) Oltre agli A. riportati in precedenza alla nota 66, v. anche PETRELLA G., *Le impugnazioni nel processo penale*, Milano, 1965, I, p. 106, per il quale «la recente riforma ha tolto ogni rilevanza al concetto di sentenza abnorme».

(70) Cfr. sul punto ZIGNANI D., *Sulla nozione di abnormità nel processo penale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2004, I, p. 254, il quale afferma che «l’abnormità è tanto compresa nella nozione di violazione di legge, quanto il genus comprende la species».

(71) ZIGNANI D., *Sulla nozione di abnormità nel processo penale*, cit., p. 253, reputa tale scelta il frutto di una conquista di civiltà giuridica, intesa quale «garanzia dell’habeas corpus funzionalmente collegata alla norma di cui all’art. 13 della Carta fondamentale». Sul punto v. anche le analoghe considerazioni di GREVI V., *Libertà personale dell’imputato e Costituzione*, Milano, 1976, p. 232; PERONI F., *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, Milano, 1992, spec. p. 73 e ss. *Contra* MANZINI

c) In terzo luogo, in ossequio al dettato costituzionale, la Corte di Cassazione ha iniziato ad affermare la propria esclusiva competenza a ricevere l'impugnazione avverso i provvedimenti abnormi (72), creando dunque una relazione biunivoca fra vizio di abnormità e sindacato di legittimità, perfettamente compatibile con la sua funzione nomofilattica (73).

Tale soluzione legittimava, altresì, l'applicazione al giudizio di abnormità della disciplina ordinaria dettata in materia di ricorso per cassazione.

d) Inoltre, il dato appena illustrato confermava una soluzione già prospettata in passato (74): i provvedimenti abnormi soggiacevano ai termini ordinari di impugnazione (75), decorsi i quali il ricorso proposto sarebbe divenuto inammissibile, con conseguente passaggio in giudicato della decisione stravagante.

V., *Inoppugnabilità della sentenza di proscioglimento per mancanza di querela*, in *Giur. Compl. Cass. Pen.*, 1952, III, p. 170.

(72) Il dato è stato ritenuto fin da subito acquisito dalla giurisprudenza di legittimità. In proposito v. fra le tante *Cass. Pen.*, 12 febbraio 1998, Di Battista, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 1607; *Cass. Pen.*, 17 febbraio 1983, Saccà, in *Cass. Pen.*, 1984, p. 579; *Cass. Pen.*, 10 ottobre 1980, Vargiù, in *Cass. Pen.*, 1981, p. 1595; *Cass. Pen.*, 23 maggio 1978, Witske, in *Cass. Pen.*, 1980, p. 114; *Cass. Pen.*, 3 maggio 1954, Parlatore, in *Arch. Pen.*, 1956, II p. 120. In dottrina v. BELLOCCHI A., *L'atto abnorme nel processo penale*, Torino, 2012, p. 8, il quale chiarisce che «individuata nella disposizione costituzionale la chiave di lettura dell'abnormità, la corte di cassazione assunse la competenza esclusiva sul sindacato dei provvedimenti abnormi». Viceversa, sono rimaste del tutto recessive le critiche che a tale impostazione ha mosso PETRELLA G., *Le impugnazioni del processo penale. Trattato teorico pratico*, I, Milano, 1965, p. 106.

(73) RANIERI S., *Corte di cassazione legislatrice*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1958, p. 1010: «il principio (...) deriva il suo fondamento dal disposto dell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, che è norma non già amministrativa ma processuale». In argomento anche DENTI V., *Commento all'art. 111*, in *Commentario della Costituzione (artt. 111-113)*, a cura di G. BRANCA, IV, Bologna, 1987, p. 1; LAVAGNA C., *Note esegetiche all'art. 111 secondo comma della Costituzione*, in *Foro Amm.*, 1949, II, 1, p. 123; VITTA C., *Applicabilità dell'articolo 111, comma 2^a, della Costituzione*, in *Foro Amm.*, 1949, II, 1, p. 118.

(74) In effetti, il riferimento di ALOISI U., *Applicazioni giurisprudenziali*, cit., p. 460, ad un'applicazione analogica delle regole valenti per le impugnazioni ordinarie, è idoneo ad inglobare anche l'applicazione della disciplina sul termine per impugnare; termine oggi previsto all'art. 585 c.p.p.

(75) Fra le prime pronunce avutesi specificamente su tale questione *Cass. Pen.*, 30 aprile 1956, in *Arch. Pen.*, 1957, II, p. 463: «la abnormità (...) deve essere fatta valere secondo le regole, i termini e le forme proprie delle impugnazioni ordinarie». Il dato è oggi consolidato, e risulta costantemente applicato dalla Corte di Cassazione al fine di stabilire l'ammissibilità del ricorso proposto: v. in proposito *Cass. Pen.*, 21 luglio 1997, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 60, la quale precisa inoltre che a conferma di tale soluzione ci sono «inequivocabili argomenti di ordine letterale, logico e sistematico»; v. inoltre *Cass. Pen.*, 17 marzo 2016, n. 11379; *Cass. Pen.*, 30 dicembre 2015, n. 51262; *Cass. Pen.*, 23 ottobre 2014, n. 44306; *Cass. Pen.*, 27 giugno 2011, n. 25626; *Cass. Pen.*, 13 aprile 2010, n. 13925; *Cass. Pen.*, 30 giugno 2009, n. 30920; *Cass. Pen.*, 12 settembre 2007, n. 34512. In dottrina, per tutti, SANTALUCIA G., *L'abnormità dell'atto processuale penale*, Padova, 2003, pp. 179 – 180, per il quale «è agevole dare contezza del profilo più rilevante della disciplina riservata all'atto abnorme, la cui impugnabilità è sottoposta alle forme ed ai termini ordinari posti dalla legge per il ricorso per cassazione». Si segnala ad ogni modo la singolare posizione di *Cass. Pen.*, 12 novembre 1981, Berti, in *Cass. Pen.*, 1983, p. 1349, la quale, assimilando l'abnormità al vizio di inesistenza giuridica, afferma che essa può essere fatta valere in ogni

L'unica divergenza rispetto alla disciplina ordinaria dettata dal codice di rito ha finito per coinvolgere il *dies a quo* del termine di impugnazione, pacificamente individuato nel momento in cui il soggetto ricorrente abbia avuto effettiva conoscenza del provvedimento emanato (76). Sotto questo punto di vista, il *favor* della giurisprudenza è massimo, in quanto il termine iniziale di impugnazione, in difetto di prova contraria, coincide con quello indicato dal ricorrente (77).

Peraltro, tale scelta, dettata da evidenti ragioni di giustizia, rispecchia l'irriducibile peculiarità del provvedimento abnorme, che proprio a causa della sua stranezza potrebbe comportare un'alterazione del fisiologico rapporto fra emanazione della decisione e sua conoscibilità (78).

e) Infine, ha assunto fondamentale importanza per la determinazione dell'odierno perimetro applicativo della categoria abnormità l'esegesi giurisprudenziale del termine «sentenza» indicato dall'art. 111 Cost.; sentenza intesa in senso sostanziale.

Più distesamente, infatti, la giurisprudenza ha iniziato a qualificare come sentenza ogni provvedimento avente i requisiti della decisorietà e definitività, a prescindere dal *nomen iuris* prescritto dalla legge, con la conseguenza di permettere l'impugnazione per cassazione avverso ogni ordinanza o decreto dal contenuto decisorio in relazione alle situazioni giuridiche del soggetto coinvolto, nonché suscettibile di arrecare alla parte un pregiudizio non altrimenti riparabile nell'ulteriore corso del procedimento (79).

tempo, sfuggendo alle regole in tema di formazione del giudicato. Ad ogni modo, sulla distinzione fra abnormità ed inesistenza giuridica si rinvia ad *infra* Cap. I, Sez. I, p. 42 – 46.

(76) L'opinione è stata definitivamente acquisita in giurisprudenza a partire da Cass. Pen., 11 luglio 2001, n. 34536, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 933. Conformi, in seguito, Cass. Pen., 12 luglio 2013, nn. 29975, 29974, 29973, 29972, 29971; Cass. Pen., 23 maggio 2012, n. 19526; Cass. Pen., 22 settembre 2008, n. 36351; Cass. Pen., 8 maggio 2008, n. 18656; Cass. Pen., 16 luglio 2007, n. 28087; Cass. Pen., 7 dicembre 2006, n. 40331; Cass. Pen., 10 ottobre 2006, n. 33941; Cass. Pen., 12 settembre 2006, n. 30174; Cass. Pen., 13 aprile 2006, n. 13238.

(77) Sulla questione v. la giurisprudenza citata alla nota precedente. In particolare, è interessante rilevare che nel caso di specie sotteso a Cass. Pen., 11 luglio 2001, n. 34536, cit., la Suprema Corte dichiara ammissibile un ricorso per cassazione proposto oltre 7 anni dopo l'emanazione del provvedimento oggetto di impugnazione.

(78) In effetti, la presunzione di biunivocità fra emanazione della decisione e sua conoscibilità è assunta dal legislatore come presupposto per la determinazione del termine iniziale di impugnazione, coincidente, in assenza di notifica, con la data del deposito della sentenza. Sul punto SANTALUCIA G., *L'abnormità*, cit., p. 182.

(79) I contributi giurisprudenziali e dottrinali sul concetto di sentenza in senso sostanziale possono definirsi sterminati. Non è questa la sede per affrontare la loro specifica analisi; basti per il momento considerare come dato acquisito l'affermazione riportata nel testo, rinviando – come già detto – ogni ulteriore riflessione *infra* Cap. III, Sez. I, p. 134 ss. Ad ogni modo, per una sintetica disamina dottrinale dell'evoluzione storica del concetto nello specifico settore del diritto processuale penale si

Tale impostazione, dal punto di vista sistematico, ha avuto come principale conseguenza un consistente dilatamento dei confini dell'abnormità, in quanto il rimedio comincia da quel momento ad essere utilizzato per ottenere l'annullamento delle ordinanze emanate nel dibattimento o nella fase preliminare allo stesso, di fatto decisorie e definitive in ragione della loro abnormità (80).

Peraltro, sempre in ottica sistematica è doveroso chiarire sin d'ora che la tematica dell'impugnabilità del provvedimento emanato nel corso del procedimento può astrattamente interessare due distinti ordini di fattispecie: quando il giudice utilizza l'ordinanza (o il decreto) per decidere irritualmente nel merito, ovvero nelle ipotesi in cui il giudice utilizza l'ordinanza (o il decreto) fuori dai casi previsti tassativamente dalla legge.

Mentre le prime, invero, sembrano investire l'autonoma problematica della corretta qualificazione del provvedimento ai fini dell'impugnabilità (81), le seconde attengono propriamente alla tematica del provvedimento abnorme.

Per tali motivi, l'analisi verrà dapprima incentrata su queste ultime fattispecie, oggetto di analisi nel seguente paragrafo; dopodiché, a conclusione dell'analisi dogmatica inerente l'istituto dell'abnormità, verrà affrontato lo studio del primo ordine di ipotesi (82).

rinvia a NAPPI A., *Guida al codice di procedura penale*, 6ª ed., Milano, 1997, pp. 126 – 135. In giurisprudenza, la sentenza che ha costituito un *leading case* per la nozione di sentenza in senso sostanziale riportata nel testo è Cass. Civ., 30 luglio 1953, n. 2593, in *Foro It.*, 1953, I, p. 1240 ss. Peraltro, l'orientamento era già rintracciabile nel settore penale: cfr. sul punto gli spunti di riflessione forniti da Cass. Pen., 25 ottobre 1949, Romualdi, in *Giust. Pen.*, 1950, III, p. 15, la quale afferma che «l'ordinanza che sospende il dibattimento e rinvia gli atti al PM o al giudice istruttore nei casi non consentiti è immediatamente impugnabile perché provvedimento emesso in violazione di legge»; pronuncia annotata favorevolmente da MARIANI F., *Impugnabilità autonoma delle ordinanze di rinvio degli atti al PM*, ivi, p. 15 ss. Per il resto, come già anticipato, l'analisi delle questioni sottese alle affermazioni effettuate nel testo sarà affrontata in seguito.

(80) In proposito BELLOCCHI A., *L'atto abnorme nel processo penale*, cit., pp. 9 – 10; ZIGNANI D., *Sulla nozione di abnormità*, cit., pp. 252 – 256. In altri termini, l'interpretazione in senso sostanziale del termine sentenza ha avuto i suoi riflessi nel campo della teoria dell'abnormità, derivandone la possibilità di impugnare direttamente per cassazione anche le ordinanze ed i decreti ritenuti abnormi.

(81) Per la dimostrazione della distinzione solo accennata nel testo v. *infra* Cap. I, Sez. II, spec. p. 60 ss. Si anticipa ad ogni modo che, mentre la giurisprudenza sembra tener conto della differenziazione casistica, tale per cui le ordinanze emanate per decidere nel merito la controversia sono impugnabili alla stregua di vere e proprie sentenze sulla scorta del principio della prevalenza della sostanza sulla forma (*id est* proponendo appello avverso la – sostanziale – sentenza emanata in primo grado dal giudice), in dottrina si sono registrate opinioni divergenti su tema.

(82) In particolare, l'analisi interesserà i casi di errore del giudice nella scelta della forma del provvedimento da adottare, al fine di chiarire ulteriormente i confini dell'abnormità, nonché di evidenziare le possibili interferenze dell'istituto con altri principi altrettanto fondamentali dell'ordinamento processuale.

4.1. Il profilo funzionale dell'abnormità.

Con specifico riguardo alle ordinanze emesse durante il dibattimento o nella fase preliminare, si è iniziato ad affermare che la sussistenza del vizio di abnormità avrebbe consentito alla parte l'immediata impugnazione del provvedimento dinanzi alla Corte di Cassazione (83), in deroga alla disciplina fisiologicamente dettata dal codice di rito; disciplina che viceversa prevedeva l'impugnazione di dette ordinanze unitamente alla sentenza conclusiva del giudizio (84).

Nasceva così il concetto di abnormità in senso funzionale, inteso quale deroga alla rigida norma di sbarramento, con il risultato di permettere l'impugnazione immediata ed in via autonoma delle ordinanze che ne fossero affette (85).

(83) BELLOCCHI A., *L'atto abnorme*, cit., p. 10, riferisce in proposito che «la giurisprudenza elaborò la categoria dei provvedimenti incidentalmente abnormi». Sul tema MENCARELLI F., *Il provvedimento abnorme*, cit., pp. 63 – 64; CORDA M., *Sospensione del processo per incapacità mentale dell'imputato preesistente al reato: provvedimento abnorme*, in *Giust. Pen.*, 1966, III, p. 333; FLORIDIA G., *Contro la prassi dei supplementi istruttori*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1959, p. 1335; D'AGOSTINO G., *Impugnazione autonoma di ordinanza dibattimentale di rinvio agli atti al PM, omessa formulazione della riserva e determinazione del mezzo*, in *Giust. Pen.*, 1953, III, p. 49; BATTAGLIA A., *Restituzione degli atti al PM, rinvio a nuovo ruolo, e impugnazione delle erronee ordinanze*, in *Riv. Pen.*, 1950, II, p. 176; MARIANI F., *Impugnabilità autonoma delle ordinanze di rinvio degli atti al PM*, in *Giust. Pen.*, 1950, III, p. 15. In argomento v. pure LOZZI G., *I limiti cronologici della fase prebattimentale*, Milano, 1963, p. 58; ARICÒ G., *L'ordinanza nel processo penale*, Napoli, 1974, spec. pp. 197 – 198; SCAPARONE M., *Il regime d'impugnazione delle ordinanze dibattimentali*, cit., p. 234 – 237; BORASI I., *Riflessi di sistema sul processo penale*, in *Arch. N.va. Proc. Pen.*, 2012, 1, pp. 14 – 22. Contrari a tali rilievi, seppur con opinioni rimaste nel tempo del tutto recessive, SABATINI G., *Ordinanza di rinvio a tempo indeterminato o sentenza allo stato degli atti?*, in *Giust. Pen.*, 1951, III, p. 624; GIAMPAOLI G., *Sull'impugnabilità immediata dei provvedimenti abnormi*, in *Foro It.*, 1952, II, p. 125. Per l'analisi della giurisprudenza v. *infra* Cap. I, Sez. II, p. 46 ss.

(84) Art. 586, co. 1, c.p.p. vigente: «quando non è diversamente stabilito dalla legge, l'impugnazione contro le ordinanze emesse nel corso degli atti preliminari ovvero nel dibattimento può essere proposta, a pena di inammissibilità, soltanto con l'impugnazione contro la sentenza. L'impugnazione è tuttavia ammissibile anche se la sentenza è impugnata soltanto per connessione con l'ordinanza». La norma ricalca l'art. 200, co. 1, c.p.p. del 1930, sulla quale si è formato l'indirizzo interpretativo riferito nel testo. Sul regime normativo delle ordinanze e le eccezioni al sistema v. SCAPARONE M., *Il regime d'impugnazione delle ordinanze dibattimentali*, Milano, 1970, p. 31 ss., spec. p. 44.

(85) Esemplare FOSCHINI G., *La sentenza abnorme*, in *Studi sulle impugnazioni penali*, Milano, 1955, p. 7 ss.; ID., *Provvedimenti abnormi e loro impugnabilità*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1951, p. 745; ID., *Le impugnazioni istruttorie*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1961, p. 65. L'A. sostiene che si deve tener conto del rapporto fra la norma che avrebbe impedito l'impugnazione – c.d. norma di sbarramento – e la sua violazione, affermando dunque che «per provvedimenti abnormi devono intendersi non quelli le cui disposizioni contrastino con una generica normalità, ma quelli con disposizioni che sono fuori dalla norma e precisamente fuori di quella norma giuridica che deve considerarsi il presupposto della negata impugnabilità». Tale impostazione, valevole anche per la neonata categoria delle ordinanze abnormi, nel tempo ha perso la pregnante efficacia, causa l'incessante moltiplicazione di una casistica sempre più variegata (per riscontri giurisprudenziali v. sempre *infra* Cap. I, Sez. II, spec. pp. 49 – 50).

In particolare, il vizio è stato inizialmente individuato in tutte le ipotesi di errore del giudice comportante una situazione irreversibile di stallo processuale o anomala regressione dalla fase dibattimentale a quella istruttoria (86), con la volontà di porre argine, mediante l'elaborazione del concetto abnormità in senso funzionale, all'anomalo sviamento del processo dalla sua fisiologica progressione (87).

Anche in questo caso, dunque, il rimedio era volto a salvaguardare insopprimibili istanze di giustizia sostanziale, in quanto la pronuncia di tale ordinanza avrebbe leso oltremodo la posizione dell'imputato, pregiudicando la sua strategia difensiva e, in ultima analisi, il suo diritto di difesa in giudizio *ex art. 24, co. 2, Cost.* (88).

Le riflessioni appena riportate hanno aperto il campo ad una nuova prospettiva dell'abnormità, che si è aggiunta all'originario requisito strutturale della stranezza e singolarità della decisione finale; il vizio è stato infatti posto a salvaguardia della fisiologica concatenazione degli atti processuali propedeutici all'emanazione della sentenza (89).

Su tali questioni si ritornerà in seguito, dovendo dar conto degli ulteriori sviluppi dell'aspetto funzionale dell'abnormità avutisi in giurisprudenza nel corso del tempo; ad ogni modo, ciò che interessa per il momento evidenziare è la seguente direttrice

(86) Solo nel 2009, anche al fine di arginare le potenzialità espansive illimitate del fenomeno, la Corte di Cassazione a sezioni unite è ritornata sulla definizione dell'aspetto funzionale dell'abnormità, individuando quale fulcro del fenomeno la sussistenza di uno specifico sviamento di potere del giudice dalla funzione attribuitagli in astratto dal legislatore; in questa medesima direzione, la regressione del procedimento ad una fase anteriore non rappresenta più la condizione esclusiva per l'integrazione del vizio, bensì solo un possibile sintomo della patologia. Su tali questioni di principio, nonché sulle irriducibili oscillazioni interpretative avutesi successivamente in giurisprudenza, cfr. ampiamente *infra* Cap. I, Sez. II, p. 50 ss., quando lo stato di avanzamento dell'analisi della categoria consentirà una più facile comprensione delle questioni.

(87) In tal senso, ad es., Cass. Pen., 23 gennaio 1961, Passero, in *Giust. Pen.*, 1961, III, p. 355; Cass. Pen., 17 maggio 1958, Fini, in *Arch. Pen.*, 1959, II, p. 232; Cass. Pen., 30 novembre 1957, Bozzi, in *Riv. Pen.*, 1958, p. 299; Cass. Pen., 12 marzo 1957, Criscuolo, in *Foro Pen.*, 1957, p. 189; Cass. Pen., 4 aprile 1956, Marchetti, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1957, p. 295; Cass. Pen., 9 febbraio 1956, Salati, in *Arch. Pen.*, II, p. 177.

(88) Sul punto ZIGNANI D., *Sulla nozione di abnormità*, cit., pp. 237 – 238, il quale altresì ravvisa nell'abnormità funzionale una forma di tutela avverso ulteriori violazioni indirette di principi processuali, quali l'irretrattabilità dell'azione penale e la sua obbligatorietà *ex art. 112 Cost.* Per DE RISIO A., *L'abnormità come patologia dell'atto processuale*, in *Giur. Pen.*, 2010, IV, p. 1086, la fisiologica evoluzione del procedimento salvaguarda inoltre il principio della ragionevole durata del processo nonché la regolare amministrazione della giustizia. In termini ancor più generali ma efficaci, è stato osservato che il processo deve giungere a conclusione seguendo la sua fisiologica evoluzione, ed è diritto dell'imputato esigerla: così MENCARELLI F., *Il provvedimento abnorme*, cit., p. 51, il quale descrive l'abnormità, sotto questo punto di vista, quale parametro spazio – temporale.

(89) Magistralmente CONSO G., *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, p. 135, rileva che la struttura del procedimento si compone di «una serie di atti e di effetti causalmente collegati sino ad un effetto conclusivo».

prospettica: la riconosciuta possibilità di impugnare ex art. 111, co. 7, Cost., i provvedimenti interinali affetti da abnormità muove dal necessario presupposto logico che i requisiti della decisorietà e definitività possano validamente scaturire dalle implicazioni patologiche del vizio in questione (90).

5. L'abnormità nella successiva evoluzione legislativa.

Con legge n. 517 del 1955, il testo dell'art. 111, co. 7, Cost., come visto già di per sé immediatamente precettivo (91), è stato quasi integralmente trasfuso nel codice di procedura penale all'epoca vigente, mediante introduzione del seguente capoverso all'art. 190 c.p.p. del 1930: *«sono sempre soggetti a ricorso per cassazione, quando non sono altrimenti impugnabili, i provvedimenti con i quali il giudice decide sulla libertà personale e le sentenze, salvo quelle sulla competenza che possono dare luogo ad un conflitto di giurisdizione o di competenza a norma dell'articolo 28»* (92).

L'unica differenza rispetto al disposto costituzionale risiedeva nel mancato riferimento alla *«violazione di legge»*; la dottrina più accreditata ha ricondotto tale carenza ad una precisa volontà del legislatore, manifestata al fine di scongiurare il pericolo che la violazione di legge venisse generalmente considerata dalla giurisprudenza quale ulteriore ed autonomo motivo di ricorso, con la conseguenza di rendere praticamente illimitato il diritto all'impugnazione della parte (93).

Infatti, in virtù del tenore letterale dell'art. 111 Cost., nonché muovendo dal lato parametro della violazione di legge, molti Autori avevano ammonito sulla possibile

(90) Secondo MARIANI F., *Impugnabilità autonoma delle ordinanze di rinvio degli atti al PM*, cit., p. 18, *«è vero che l'articolo 200 [c.p.p. del 1930] dichiara che l'impugnazione contro le ordinanze è ammessa soltanto con quella contro la sentenza; ma si deve considerare che, per l'abnormità del provvedimento di cui trattasi, questo non potrebbe mai essere oggetto di impugnazione nel modo suddetto»*.

(91) In argomento v. ancora BATTAGLINI E., *Ancora sull'art. 111 della Costituzione*, cit., p. 145, secondo cui i dubbi *«sulla portata e sull'applicabilità immediata dell'art. 111 della Costituzione [devono] ormai considerarsi definitivamente superati»*, nonché LAVAGNA C., *Ancora sull'art. 111 comma 2^a della Costituzione*, cit., p. 675, per il quale *«l'art. 111 Cost. ha carattere precettivo e, come tale, deve avere immediata applicazione inserendolo e armonizzandolo, peraltro, col sistema del codice»*. ZIGNANI D., *Sulla nozione di abnormità*, cit. p. 255, parla di *«valore soltanto ricognitivo»* della novella.

(92) La novella è stata poi integralmente trasfusa nell'art. 568, co. 2, c.p.p. vigente, il quale dispone che *«sono sempre soggetti a ricorso per cassazione, quando non sono altrimenti impugnabili, i provvedimenti con i quali il giudice decide sulla libertà personale e le sentenze, salvo quelle sulla competenza che possono dare luogo ad un conflitto di giurisdizione o di competenza a norma dell'articolo 28»*.

(93) Per tutti MENCARELLI F., *Il provvedimento abnorme*, cit., pp. 57 – 58.

consacrazione del diritto di impugnazione *tout court* delle decisioni, ovvero per qualsiasi motivo di ricorso, in deroga al principio di tassatività previsto dal legislatore ordinario (94).

Giunti a questo punto dell'analisi, è opportuno evidenziare come l'innovazione costituzionale, pur avendo avuto il pregio di sopire le dispute circa l'ammissibilità dell'impugnazione avverso le sentenze o gli altri provvedimenti sulla libertà personale ritenuti abnormi, non abbia fatto perdere rilevanza autonoma alla categoria (95).

Merita infatti condivisione l'impostazione dottrinale maggioritaria secondo cui l'abnormalità, in linea con la preminente caratteristica di sfuggire – per indole – alle previsioni del sistema legislativo, nel tempo ha solo «cambiato pelle» (96): da espediente per creare una *chance* di impugnazione altrimenti negata, si è trasfusa nel campo dei motivi tassativi di ricorso per cassazione oggi previsti all'art. 606 c.p.p. (97) con l'intento di porvi deroga (98).

(94) DE LEONE U., *In tema di dispositivo, di cosa giudicata, e di sentenza abnorme*, in *Arch. Pen.*, 1956, II, p. 124: «la legge ha dato, all'art. 111 della Carta, lo specifico rimedio giuridico». Della medesima opinione DEL POZZO C. U., *Impugnazioni*, cit., p. 419; FRISOLI P., *Incertezze giurisprudenziali*, cit., p. 798; RANIERI S., *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 1957, p. 371. In giurisprudenza, salvo approfondire l'analisi *infra* Cap. I, Sez. II, p. 45, v. in particolare Cass. Pen., 3 maggio 1954, n. 1117, in *Arch. Pen.*, 1956, II, p. 122: «per le sentenze extra vagantes non era stato dal legislatore provveduto un mezzo di impugnazione, ma avendo la Costituzione stabilito il ricorso per cassazione per violazione di legge (cpv. dell'art. 111) contro le sentenze ed i provvedimenti degli organi giurisdizionali, è tale mezzo cui avrebbe dovuto ricorrere il Castelli per gravarsi contro la sentenza del primo giudice, che egli riteneva abnorme».

(95) Sull'autonomia patologica del fenomeno abnormalità, nonostante la riconducibilità del fenomeno alle logiche del ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost., cfr. in particolare BATTAGLIA A., *Restituzione degli atti al PM, rinvio a nuovo ruolo, e impugnazione delle erronee ordinanze*, cit., pp. 180 – 181.

(96) BELLOCCHI A., *L'atto abnorme*, cit., p. 13.

(97) Art. 606, co. 1, c.p.p. vigente: «il ricorso per cassazione può essere proposto per i seguenti motivi: a) esercizio da parte del giudice di una potestà riservata dalla legge a organi legislativi o amministrativi ovvero non consentita ai pubblici poteri; b) inosservanza o erronea applicazione della legge penale o di altre norme giuridiche, di cui si deve tener conto nell'applicazione della legge penale; c) inosservanza delle norme processuali stabilite a pena di nullità; d) mancata assunzione di una prova decisiva, quando la parte ne ha fatto richiesta anche nel corso dell'istruzione dibattimentale limitatamente ai casi previsti dall'articolo 495, comma 2; e) mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame». Identico per contenuto l'art. 524, co. 1, c.p.p. del 1930.

(98) Sul punto MENCARELLI F., *Il provvedimento abnorme*, cit.; SANTALUCIA G., *L'abnormalità*, cit.; BELLOCCHI A., *L'atto abnorme*, cit., p. 13; ZIGNANI D., *Sulla nozione di abnormalità*, cit.; CATALANO E. M., *Giurisprudenza creativa*, cit.; v. anche CATALANO M., *Il concetto di abnormalità fra problemi definitivi ed applicazione giurisprudenziale*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2000, p. 1241, per la quale l'abnormalità assume «ruolo di deroga alla tassatività dei motivi di ricorso, assurgendo essa stessa a motivo di impugnazione, non contemplato dalla legge, ma consacrato dall'elaborazione giurisprudenziale».

Dunque, è rimasta del tutto recessiva l'opinione di alcuni studiosi dell'epoca che avevano messo in guardia dalla progressiva perdita di identità del fenomeno (99).

Sotto tale ultimo profilo, va esaminata la singolare opinione di Sabatini, il quale, facendo leva sulla disposizione dell'art. 539, n. 4, c.p.p. del 1930 – ovvero art. 620, co. 1, lett. *d*, c.p.p. vigente (100) – aveva sostenuto la riconducibilità dell'abnormità entro la più ampia categoria dei provvedimenti non consentiti dalla legge (101).

La soluzione, sebbene fatta propria da una parte della giurisprudenza (102), può essere efficacemente criticata sulla scorta di una corretta esegesi del combinato disposto degli artt. 606 e 620 c.p.p. vigente. Difatti:

a) sullo specifico piano positivo, il motivo di annullamento senza rinvio indicato all'art. 620, lett. *d*, c.p.p., sembra esclusivamente riferirsi ai casi di straripamento di potestà da parte del giudice penale, costituente apposito motivo di ricorso per cassazione ex art. 606, co. 1, lett. *a*, c.p.p. (103);

(99) In particolare CONSO G., *Questioni nuove di procedura penale*, Milano, 1959, p. 220; PETRELLA G., *Le impugnazioni nel processo penale*, cit., p. 107 ss.

(100) Trattasi di un motivo di annullamento senza rinvio della decisione emanata. Identico per contenuto il corrispettivo art. 620, co. 1, lett. *d*, c.p.p. vigente: «oltre che nei casi particolarmente previsti dalla legge, la corte pronuncia sentenza di annullamento senza rinvio se la decisione impugnata consiste in un provvedimento non consentito dalla legge».

(101) SABATINI G., *Sentenze emesse in giudizio e ricorso per cassazione*, cit., p. 483, nonché ID., *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, p. 279, confermando il suo iniziale scetticismo nei confronti del fenomeno, afferma che l'abnormità, invero, non è mai stata in grado di assumere alcuna autonoma rilevanza. Nello stesso senso in passato: PIERRO G., *Appunti*, cit., p. 333, per cui «il sistema processuale accord[a] giuridica rilevanza alla categoria degli atti abnormi nell'art. 539, n. 4, c.p.p.»; DE MARSICO A., *Diritto processuale penale*, 4^a ed., Napoli, 1966, p. 321; SIRACUSANO D., *Abnormità e ricorribilità per cassazione dei provvedimenti giurisdizionali del PM*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1963, p. 315; RANIERI S., *Manuale di diritto processuale penale*, 5^a ed., Padova, 1965, p. 368. Eppure, la dimostrazione di un siffatto assunto mostra tutti i suoi limiti allorquando l'A. si trova a dover indicare il corrispondente motivo di impugnazione che consenta alla Corte di Cassazione di annullare senza rinvio tali provvedimenti, in quanto non consentiti dalla legge; motivo che l'A. individua nell'art. 524 c.p.p. del 1930 (ovvero art. 606, co. 2, c.p.p. vigente). Ma la disposizione, invero, si limita ad estendere la possibilità di esperire ricorso per cassazione, «contro le sentenze pronunciate nel giudizio inappellabilmente o in grado di appello dall'autorità giudiziaria ordinaria», senza indicare alcun motivo di impugnazione. Dunque, anche per queste ipotesi debbono valere i motivi tassativi di ricorso stabiliti all'art. 606, co. 1, c.p.p. vigente.

(102) In giurisprudenza Cass., 3 marzo 1994, Ruiz Bernal, in *Giust. Pen.*, 1995, II, p. 428; Cass., 12 gennaio 1982, Adragna, in *Cass. Pen.*, 1983, I, p. 328; Cass. Pen., 30 gennaio 1963, Guarnaschelli, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, p. 325; Cass. Pen., 10 febbraio 1953, Satta, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1953, p. 615. Peraltro, la tendenza giurisprudenziale ad annullare senza rinvio i provvedimenti abnormi ex art. 620, co. 1, lett. *d*, c.p.p. è ancora attuale: v. in proposito Cass. Pen., 12 aprile 2016, n. 15103, nonché Cass. Pen., 30 maggio 2006, n. 21988, in *Riv. Pen.*, 2007, 6, p. 678.

(103) Sul punto ZIGNANI D., *Sulla nozione di abnormità*, cit., p. 259, al quale si rinvia anche per i riferimenti dottrinali citati alla nota 57. Inoltre, secondo le riflessioni di MENCARELLI F., *Il provvedimento abnorme*, cit., p. 42, l'art. 539, n. 4, c.p.p. del 1930, si riferisce a violazioni specifiche di legge, mentre l'abnormità pone il provvedimento in contrasto con l'ordinamento giuridico in quanto tale.

b) inoltre, sul piano logico – giuridico, posto che per visione unanime della dottrina e della giurisprudenza l’abnormità non è contemplata fra i motivi di ricorso per cassazione *ex art. 606, co. 1, c.p.p.* (104), costituisce un assurdo riscontrare la positivizzazione del fenomeno unicamente nella disposizione che sancisce l’annullamento senza rinvio della decisione non consentita dalla legge *ex art. 620, co. 1, lett. d, c.p.p.*, in quanto muovendo da tali premesse risulta inevitabile l’inammissibilità dell’impugnazione per aver proposto ricorso fuori dai casi tassativamente elencati *ex art. 606, ultimo co., c.p.p.* (105).

Peraltro, la giurisprudenza ha cercato di ovviare a tale inconveniente sistematico affermando che l’annullamento senza rinvio della decisione abnorme prescinde dall’enucleazione del relativo motivo di impugnazione; ciò in quanto tale patologia sarebbe rilevabile d’ufficio in ogni stato e grado del procedimento qualora «*incida sul thema decidendum devoluto alla Corte di cassazione*» (106).

Ma neanche questa presa di posizione sembra essere risolutiva, in quanto presta il fianco a condivisibili critiche (107).

Infatti, è stato osservato che la rilevabilità d’ufficio dell’abnormità contraddice due aspetti essenziali del fenomeno: l’irreparabilità del vizio ed il suo assoggettamento all’ordinario termine di proposizione dell’impugnazione. Sotto il primo aspetto, l’abnormità perderebbe *ex se* la sua irreparabilità, in quanto patologia sempre rilevabile nel corso del procedimento; sotto il secondo aspetto, non appare coerente, al contempo, prevedere un termine perentorio per instaurare il giudizio di legittimità pena la sanatoria

Tale aspetto verrà ripreso *infra* Cap. I, Sez. II, pp. 34 – 37, ove verrà tracciata la distinzione, all’interno della fenomenologia dell’invalidità dell’atto processuale penale, fra le ipotesi di nullità ed abnormità.

(104) Per tutti, si rinvia alla ricognizione di BELLOCCHI A., *L’atto abnorme*, cit., pp. 13 – 14.

(105) Così sintetizza MENCARELLI F., *Il provvedimento abnorme*, cit., pp. 42 – 55: «*se l’abnormità non è contemplata fra i motivi di ricorso, come può essere poi contemplata fra i casi di annullamento senza rinvio di una sentenza ricorsa?*». Sul punto cfr. ancora ZIGNANI D., *Sulla nozione di abnormità*, cit., pp. 259 – 260.

(106) Così Cass. Pen., 19 ottobre 1990, Sica, in *Cass. Pen.*, 1991, II, p. 95. Conformi Cass. Pen., 23 gennaio 2008, Pecci, in *Mass. Uff.*, n. 238998; Cass. Pen., 9 agosto 2004, n. 33965, in *Cass. Pen.*, 2005, IV, p. 3383.

(107) Nel senso dell’incongruità sistematica di un potere di rilievo ufficioso MAZZA O., *La controversa rilevabilità d’ufficio dell’abnormità*, in *Cass. Pen.*, 2005, IV, p. 3383; NEVOLI F., voce *Abnormità*, cit., p. 11; SANTALUCIA G., *L’abnormità*, cit., p. 182 ss. Viceversa, a favore della rilevabilità ufficioso, da parte del giudice di legittimità, del vizio di abnormità, TODARO G., *Erronea declaratoria di nullità del decreto di citazione a giudizio e conseguente regressione del procedimento: spunti per una riflessione sull’abnormità dell’atto processuale penale*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 4554; CAPRIOLI F., *commento all’art. 568 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di CONSO G. – GREVI V., Padova, 2005; CATALANO E. M., *Giurisprudenza creativa*, cit., p. 304.

del vizio, nonché riconoscere un successivo potere di rilevazione officioso esercitabile in ogni stato e grado del procedimento (108).

5.1. L'abnormità nonostante lo scorrere del tempo.

Muovendo dal vaglio dell'abnormità finora effettuato, appare condivisibile la tesi per cui la mutata veste dell'abnormità – da deroga al principio di tassatività dei mezzi di impugnazione a deroga dei motivi tassativi di ricorso per cassazione – non abbia alterato i connotati essenziali del rimedio (109).

Infatti, da un'attenta analisi delle vicende del giudizio instaurato al fine di ottenere l'annullamento della decisione per abnormità, si evince che l'ammissibilità o meno dell'impugnazione continua a dipendere dall'effettiva sussistenza del vizio di abnormità censurato (110). Detto in altri termini, dimostrare l'abnormità del provvedimento resta condizione necessaria e sufficiente affinché il ricorso per cassazione sia ammissibile e fondato; al contrario, una volta esclusa la possibile sussistenza del vizio, esso sarà dichiarato inammissibile.

Il peculiare meccanismo dimostra come il flusso temporale non abbia intaccato l'impalcatura concettuale dell'abnormità (111): il risultato cui l'istituto ambiva era infatti quello di espellere dall'ordinamento giuridico decisioni che non avessero diritto di cittadinanza; e lo è tutt'ora. Originariamente, per conseguire lo scopo occorreva derogare al principio di tassatività delle impugnazioni; attualmente, a quello della tassatività dei motivi di ricorso elencati all'art. 606 c.p.p.

(108) Così sintetizza MAZZA O., *La controversa rilevabilità d'ufficio dell'abnormità*, cit., p. 3385. Per SANTALUCIA G., *L'abnormità*, cit., p. 183, inoltre, la rilevazione officiosa del vizio nonostante la mancanza di un'espressa disposizione in proposito, che la giurisprudenza giustifica muovendo dalle medesime considerazioni effettuate per dimostrare la deroga del fenomeno al principio di tassatività, «*non convince, perché la deroga al principio di tassatività delle impugnazioni sembra rivolgersi su un piano tutt'affatto diverso da quello dell'attribuzione al giudice di poteri di rilevazione ex officio del vizio, accordando alle parti l'onere di un'iniziativa, che non si comprende come possa tramutarsi in potere del giudice di legittimità, magari interessato da un ricorso proposto da una parte, la quale non ha alcun interesse alla rilevazione del vizio*».

(109) Per analoghe riflessioni CATALANO E. M., op. cit., p. 304.

(110) BELLOCCHI A., *L'atto anormale*, cit., p. 230. MENCARELLI F., *Il provvedimento anormale*, cit., pp. 83 – 84. Sulla questione cfr. anche le considerazioni effettuate sul piano generale da TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., pp. 234 – 237.

(111) Cfr. *retro* Cap. I, Sez. I, p. 9 ss.

Oltretutto, l'abnormità svolge ancora la sua originale funzione per i provvedimenti diversi dalle sentenze che non concernono la libertà personale, in quanto esulano dalla disciplina dell'art. 111 Cost. (112).

Non a caso il legislatore del 1988 ha espressamente rinunciato a disciplinare il fenomeno, siccome non inquadrabile in qualsivoglia schema legislativo, «*attesa la rilevante difficoltà di una possibile tipizzazione*» (113).

L'omissione si è rivelata opportuna: una rigorosa definizione avrebbe irrimediabilmente pregiudicato la natura del rimedio, nonché limitato le sua innata caratteristica di modellarsi sulle ipotesi singolari di ingiustizia per porvi rimedio (114).

(112) Così BELLOCCHI A., *L'atto abnorme*, cit., pp. 14 – 15. In passato già PETRELLA G., *Le impugnazioni del processo penale*, cit., p. 113.

(113) *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale del 1988*, p. 126: «è rimasta esclusa l'espressa previsione dell'impugnazione dei provvedimenti abnormi, attesa la rilevante difficoltà di una possibile tipizzazione e la necessità di lasciare sempre alla giurisprudenza di rilevarne l'esistenza e di fissarne le caratteristiche ai fini della impugnabilità. Se infatti, proprio per il principio di tassatività, dovrebbe essere esclusa ogni impugnazione non prevista, è vero pure che il generale rimedio del ricorso per cassazione consente comunque l'esperimento di un gravame atto a rimuovere un provvedimento non inquadrabile nel sistema processuale o adottato a fini diversi da quelli previsti dall'ordinamento».

(114) Così CATALANO E. M., *Giurisprudenza creativa*, cit., p. 304; CATALANO M., *Il concetto*, cit., p. 1241; MELE V., *sub art. 568 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, 1991, p. 27. Critico verso l'operato del legislatore CANTONE R., *Note minime a proposito del provvedimento abnorme*, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 187.

SEZIONE II

Dogmatica e confini dell'abnormità

6. Il provvedimento abnorme nella teoria dell'invalidità.

Nei paragrafi precedenti si è visto che la categoria dell'abnormità, nel tempo, è stata utilizzata – anche (115) – per derogare all'enucleazione tassativa dei motivi di ricorso per cassazione.

Da ciò ne discende, dal punto di vista «statico» del fenomeno (116), la sua elezione a vizio atipico contenuto in un dato provvedimento, idoneo a determinare una divergenza dal suo schema legale.

La precisazione riveste una notevole importanza, in quanto consente di affermare che l'abnormità costituisce a pieno titolo vizio del provvedimento (117), potendo ricomprendersi il fenomeno nel prisma delle invalidità processuali penali (118).

(115) Come infatti appena esposto *retro* Cap. I, Sez. I, p. 29, la categoria continua a svolgere la sua originaria funzione di deroga al principio di tassatività dei mezzi di impugnazione nei confronti di tutti quei provvedimenti diversi dalla sentenza e non riguardanti la libertà personale dei soggetti coinvolti.

(116) Così PIERRO G., *Appunti*, cit., p. 331. In questa parte dell'elaborato, infatti, si intende limitare l'analisi della categoria al solo aspetto statico, ovvero all'abnormità intesa quale vizio invalidante il provvedimento emanato dal giudice.

(117) L'affermazione riportata nel testo costituisce mera ricognizione dell'opinione dottrinale pressoché unanime, la quale considera il vizio di abnormità quale espressione del più generale fenomeno delle invalidità afferenti il provvedimento giurisdizionale. Per riferimenti IASEVOLI C., voce *Abnormità (diritto processuale penale)*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 2004, pp. 13 – 14; ZIGNANI D., *Sulla nozione*, cit., p. 273; BELLOCCHI A., *L'atto abnorme*, cit., p. 223; SANTALUCIA G., *L'abnormità*, cit., p. 163; v. anche CORDERO F., *Procedura penale*, 8^a ed., cit.; LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, 7^a ed., Torino, 2011. Più articolata l'opinione di CATALANO E. M., *Giurisprudenza creativa*, cit., p. 306, la quale, muovendo dal presupposto che l'abnormità sia fenomeno doppiamente eccezionale in quanto costituente deroga sia al principio di tassatività delle impugnazioni sia al principio di tassatività dei motivi di ricorso per cassazione, afferma che essa trascende dal concetto classico di invalidità, traducendosi «in un vizio sui generis degli atti processuali penali». Del pari ANGELONI V., *nota* a Cass. Pen., 22 giugno 2009, in *Giur. It.*, 2010, 6, p. 1426, definisce il fenomeno come «doppiamente eccezionale».

(118) La problematica relativa all'invalidità, ed in generale ai vizi che possono affliggere gli atti giuridici, ha origini antiche e gode di una letteratura vastissima. Per una ricostruzione sistematica dell'evoluzione storica della teoria dell'invalidità v. BRUTTI M., voce *Invalidità (storia)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, nonché DI PAOLA S., *Premesse ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano, 1958. Limitando l'indagine alle trattazioni avutesi nel diritto moderno, può osservarsi come la tematica tragga principale linfa dagli studi sulle patologie del negozio giuridico di diritto privato: per una bibliografia essenziale dei contributi avutisi si rinvia a TOMMASINI R., voce *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 575; DE GIOVANNI B., *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964; CATAUDELLA F., voce *Negozio giuridico (invalidità e inefficacia)*, in *Enc. For.*, V, 1960, p. 36; TONDO S., voce *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *N.ssimi Dig. It.*, VIII, Torino, 1957; TRIMARCHI T., *Appunti sulla invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, XXXI, 1955, p. 191; BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, 2^a ed., Torino, 1950, spec. p. 456 ss.; CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1947, spec. p. 313 ss.; ID., *L'annullabilità*

Infatti, al pari delle nullità e dell'inesistenza giuridica (119), l'abnormità si risolve in ultima analisi nella non conformità del provvedimento emanato allo «*schema legale tipico di riferimento*» (120).

Ad ogni modo, l'indagine merita di essere approfondita, in quanto la precedente definizione, seppure generalmente adottata in dottrina (121) per classificare il fenomeno, finisce per costituire una mera petizione di principio (122).

In effetti, posto che l'atto risulta essere validamente emanato solo quando esso, giuridicamente esistente e perfetto dal punto di vista formale, sia idoneo a realizzare gli effetti che è destinato a produrre per legge, il fenomeno dell'invalidità può frazionarsi in differenti classi di valore al variare dell'entità del vizio che affligge l'atto (123).

Non solo: sul piano logico – giuridico deve essere osservato che, sebbene l'invalidità discenda *latu sensu* da uno scollamento fra disciplina astratta e sua attuazione concreta, non ogni ipotesi di imperfezione dell'atto comporta invalidità (124).

assoluta, in *Foro It.*, 1939, IV, p. 50; FEDELE A., *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943; FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941; SANDULLI A. M., *Considerazioni sul concetto di invalidità degli atti giuridici*, in *Stato e diritto*, 1941, p. 403; SCIALOJA A., *Nullità e inefficacia*, in *Saggio di vario diritto*, Roma, 1927, II, p. 28; FINZI E., *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, Firenze, 1921.

(119) L'analisi del rapporto fra l'abnormità e le altre figure rientranti nella categoria delle invalidità sarà affrontata a breve; ivi, verranno meglio precisati i termini della problematica.

(120) Tale definizione generale, ricognitiva del fenomeno delle invalidità, è attribuibile a DALIA A. – NORMANDO R., voce *Nullità degli atti processuali (diritto processuale penale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 1. In ogni caso, va sin d'ora anticipato (salvo approfondire l'analisi *infra* Cap. I, Sez. II, p. 34 ss.) che con riferimento all'abnormità occorrono alcuni opportuni adattamenti: in quanto complessa, la fattispecie normativa di riferimento per valutare la sussistenza del vizio sarà desunta solo all'esito di una ricognizione dei criteri direttivi della legge processuale penale; in conseguenza di ciò, la difformità del provvedimento emanato si sostanzierà in un'incompatibilità con tale intelaiatura sistematica. Così SANTALUCIA G., *L'abnormità*, cit., spec. p. 163 ss.

(121) Per quanto concerne le elaborazioni specificamente concernenti l'invalidità dell'atto processuale penale v. i fondamentali studi di CONSO G., *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1972; ID., *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, nonché PEYRON C., voce *Invalidità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972; PELLINGRA B., *La nullità nel processo penale (teoria generale)*, Milano, 1957; ZEPPIERI L., *Le nullità nel processo penale*, Roma, 1934; PANNAIN R., *Le sanzioni degli atti processuali penali: nullità, preclusioni, decadenze, inammissibilità*, I, Napoli, 1933.

(122) Infatti, il concetto dovrà essere declinato in relazione a tre essenziali aspetti patologici, ad intensità graduata: imperfezione, invalidità ed inefficacia dell'atto. In via generale, dunque, può affermarsi che, da un lato, non tutti gli atti imperfetti sono invalidi; dall'altro, non tutti gli atti invalidi sono inefficaci. Per la chiarificazione di quanto appena sintetizzato, oltre a quanto esposto nel testo, v. gli ampi studi di CONSO G., *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, cit., p. 13 ss.

(123) Recentemente DALIA A. A. – FERRAIOLI M., *Manuale di diritto processuale penale*, 9^a ed., Vicenza, 2016, p. 434. In passato già CONSO G., *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., p. 17 ss.

(124) BARGI A., *Il ricorso per cassazione*, in *Le impugnazioni penali*, diretto da GAITO A., II, Torino, 1998, p. 554.

In particolare, come si avrà modo di approfondire in seguito (125), l'attuale sistema processuale penale è improntato al principio di tassatività, stando al quale l'atto (126) risulta viziato solo qualora sia carente di requisiti espressamente contemplati a pena di nullità dal legislatore. Dunque, è stato di riflesso ricavato in via interpretativa (127) che l'atto rimane valido ed efficace in presenza di lievi difformità non coinvolgenti requisiti essenziali per la sua fattispecie costitutiva (128).

A titolo esemplificativo, si pensi all'emanazione di una sentenza carente dell'intestazione «*in nome del popolo italiano*», la quale, seppure costituisce requisito indicato dall'art. 546 c.p.p. vigente (129), non è stata contemplata dal legislatore a pena di nullità della sentenza emanata. In questo come in altri casi analoghi, l'atto produce

(125) Su cui a breve, quando si analizzerà l'istituto della nullità degli atti processuali penali.

(126) Sul concetto nonché sulla definizione di atto processuale penale v. LOZZI G., voce *Atti processuali II* *Diritto processuale penale*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988, p. 1; GALATI A., voce *Atti processuali penali*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, Torino, 1987, p. 357; CONSO G., voce *Atti processuali penali*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 140.

(127) Su tutti LEONE G., *Lineamenti di diritto processuale penale*, 3^a ed., Napoli, 1954, p. 165. CONSO G., *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., p. 23, considera efficacemente il fenomeno dell'irregolarità dell'atto come «*la inosservanza che non influisce in alcun modo sugli effetti tipici*», soggiungendo che «*non adempiendo all'obbligo, l'autore dell'atto andrà incontro alla relativa responsabilità, ma l'efficacia tipica dell'atto rimarrà impregiudicata*».

(128) Art. 124, co. 1, c.p.p. vigente: «*i magistrati, i cancellieri e gli altri ausiliari del giudice, gli ufficiali giudiziari, gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria sono tenuti a osservare le norme di questo codice anche quando l'inosservanza non importa nullità o altra sanzione processuale*». Per l'esegesi di tale disposizione nel senso di garantire la legalità del procedimento penale, la quale assume funzione pregnante in un sistema improntato al principio di tassatività delle nullità, v. CONSO G. – ILLUMINATI G., *sub art. 124 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2^a ed., Padova, 2014; LUPO E., *sub art. 124*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di CHIAVARIO M., II, Torino, 1990; SOLA G., *sub art. 124*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di GIARDA A. – SPANGHER G., I, 4^a ed., Milano, 2010. Dunque, argomentando dal dato legislativo, può essere tracciata una distinzione fra la *fattispecie* legale dell'atto, intesa come l'insieme dei requisiti necessari affinché l'atto produca gli effetti tipici previsti dalla norma astratta, ed il c.d. *modello* legale dell'atto, il quale si compone anche di quegli ulteriori requisiti previsti dalla legge a pena di mera irregolarità dell'atto stesso. Sul punto cfr. in passato CONSO G., *I fatti giuridici processuali penali*, cit., p. 11 ss. Ad ogni modo, seppure l'irregolarità dell'atto non influisca sulla sua validità, è sempre concessa la possibilità di mettere successivamente in regola l'atto, in quanto il fenomeno dell'irregolarità può rilevare sotto altri profili, quale ad esempio l'applicazione di sanzioni disciplinari e tributarie nei confronti dei soggetti che l'hanno posto in essere.

(129) Sulla circostanza che la carente o inesatta intestazione «*in nome del popolo italiano*» comporti una mera irregolarità della sentenza sussiste piena convergenza fra dottrina e giurisprudenza. L'art. 546, co. 3, c.p.p., stabilisce infatti che la sentenza è nulla, oltre che nel caso previsto dall'art. 125, co. 3, c.p.p. (omessa motivazione), solo per mancanza o incompletezza degli elementi essenziali del dispositivo, ovvero se manca la sottoscrizione dei giudici. In dottrina, per tutti, SIRACUSANO D. – GALATI A. – TRANCHINA G. – ZAPPALÀ E., *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2011, p. 379. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. Pen., 2 luglio 2009, n. 34808; Cass. Pen., 5 marzo 1998, n. 476; Cass. Pen., 28 ottobre 1991, n. 12485.

ugualmente i suoi effetti tipici vista l'evidente marginalità del vizio, dovendosi quest'ultimo considerare una mera irregolarità formale (130).

In ultima analisi, dunque, può affermarsi che sussiste una soglia al di sotto della quale l'atto, pur divergendo dallo schema astratto, si sottrae alla sanzione di nullità (131).

Viceversa, per il principio di diretta proporzionalità fra vizio e sanzione, l'inosservanza di un requisito posto a pena di nullità dal legislatore comporta l'invalidità dell'atto compiuto; invalidità che dovrà essere utilmente rilevata per far cessare gli effetti prodotti dallo stesso in via precaria (132).

Orbene, muovendo dal medesimo presupposto della diretta proporzionalità fra malformazione dell'atto ed entità della sanzione, è stata in via interpretativa ricavata anche una c.d. soglia superiore al vizio di nullità: infatti, possono verificarsi casi di invalidità talmente gravi da esigere – per ragioni di giustizia sostanziale – una relazione biunivoca fra invalidità ed inefficacia originaria dell'atto (133), pur sempre in deroga al principio di tassatività dei motivi di nullità. In questo contesto si inserisce l'elaborazione del concetto di inesistenza giuridica (134).

In virtù della loro stretta interferenza con la categoria dell'abnormità, saranno oggetto di specifica trattazione nei paragrafi seguenti gli istituti della nullità e dell'inesistenza giuridica degli atti processuali penali (135), con particolare riferimento alle invalidità afferenti i provvedimenti del giudice.

(130) PISANI M., *Gli atti*, in *Manuale di procedura penale*, 7^a ed., a cura di SPANGHER G. – PISANI M. – MOLARI A. – PERCHINUNNO V. – CORSO P. – GAITO A., Milano, 2006, p. 190; DOMINIONI O., *sub art. 177*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di DOMINIONI O. – AMODIO E., II, Milano, 1989, p. 257; CORDERO F., *Procedura penale*, 8^a ed., cit., p. 1190, afferma che l'atto presenta un vizio non invalidante, rimanendo di tal guisa perfetto, valido ed efficace.

(131) Sotto questo punto di vista, può affermarsi che l'impostazione prescelta dal legislatore consiste nell'indicare i casi tassativi di nullità dell'atto processuale, dovendosi ricavare *a contrariis* la perdurante validità dell'atto quando la difformità con il modello astratto è minima e per essa non è stata prevista alcuna sanzione. Per un'esauriente casistica delle irregolarità formali che possono inficiare l'atto processuale v. SANGUINETTI L. M., *Lezioni di procedura penale*, Milano, 1996, pp. 88 – 89.

(132) Il riferimento esposto in via generale nel testo è al meccanismo di progressiva sanatoria delle nullità all'interno del procedimento, che sarà oggetto di specifica analisi a breve nel testo.

(133) MANCINELLI R., *L'accertamento dell'inesistenza della sentenza penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1959, p. 674, precisa che l'inesistenza non deve essere identificata con l'inefficacia; infatti, posto che la decisione giuridicamente inesistente è sempre inefficace, non è sempre vero il contrario (si pensi all'inefficacia della sentenza per sopravvenuta infermità di mente del condannato *ex art. 148 c.p.*).

(134) La funzione cardine dell'istituto dell'inesistenza giuridica, per ora solo accennata nel testo, sarà oggetto di ampia analisi a breve.

(135) In linea di principio può affermarsi che sussistono diversi tipi di vizi, corrispondenti a differenti specie di imperfezione; a seconda delle ipotesi, la parte gode di una variegata forma di tutela – legislativa ovvero ricavata in via interpretativa – consistente nella possibilità di ottenere una dichiarazione

7. La nullità del provvedimento ed i suoi rapporti con l'abnormità.

Come già anticipato, il sistema processuale penale vigente, al pari di quello delineato dal codice Rocco del 1930, risulta improntato al principio di tassatività, stando al quale l'inosservanza delle disposizioni concernenti la disciplina di atti del procedimento comporta nullità solo nei casi in cui essa sia espressamente comminata dalla legge (136).

di invalidità a scopo sanzionatorio. La scelta effettuata nel testo è nel senso di limitare l'analisi alle sole fattispecie di nullità ed inesistenza giuridica, ed è stata determinata dalla circostanza che rispetto ad esse è massima l'interferenza con la categoria abnormità. Non saranno viceversa trattate altre ipotesi di invalidità dell'atto processuale, quali l'inammissibilità e l'inutilizzabilità. Quanto all'inammissibilità, pur in mancanza di un'organica disciplina legislativa, muovendo dalle singole fattispecie indicate dal legislatore è stato ricavato che essa possa esclusivamente riguardare gli atti di parte, sostanziosamente in una forma di invalidità a protezione dell'erroneo esercizio del potere, perché originariamente carente o successivamente venuto meno. Con particolare riferimento a quest'ultima ipotesi si apprezza l'istituto della decadenza, la quale esprime una sotto – categoria dell'inammissibilità intesa come vicenda estintiva del potere processuale di parte, per essersi definitivamente consumato il termine previsto per il compimento dell'atto (salva la rimessione in termini). Ad ogni ipotesi di inammissibilità, rilevabile anche d'ufficio in quanto invalidità posta a garanzia della regolare amministrazione della giustizia, consegue il dovere per il giudice di astenersi dal provvedere. Per una bibliografia essenziale di riferimento v. FONTI R., *L'inammissibilità degli atti processuali penali*, Padova, 2008; IASEVOLI C., *La nullità nel sistema processuale penale*, Napoli, 2008, spec. p. 482 ss.; DE PRIAMO F., voce *Inammissibilità*, in *Dig. Disc. Pen.*, VI, Torino, 1992; RICCIO G., *Contributo allo studio sull'inammissibilità nel processo penale*, in *Studi sul processo penale*, Napoli, 1988, p. 140; GHIARA A., voce *Inammissibilità (Diritto processuale penale)*, in *N.s.simo Dig. It.*, VIII, Torino, 1968, p. 479; FAVALLI M., *L'ammissibilità nel processo penale*, Milano, 1968; GALLI G., *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Milano, 1968; DELOGU T., *Contributo alla teoria dell'inammissibilità nel diritto processuale penale*, Milano, 1938; PANNAIN R., *Le sanzioni*, cit., spec. 458 ss.; MANCINELLI R., voce *Decadenza (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962, p. 793. Viceversa, l'inutilizzabilità è un istituto posto a garanzia della regolare formazione e/o acquisizione della prova all'interno del procedimento e si sostanzia nel divieto per il giudice di utilizzare ai fini del decidere qualsivoglia strumento probatorio viziato. Sul punto DE PRIAMO F., voce *Inammissibilità*, cit., p. 297; cfr. DE GREGORIO G. G., *Alcune note intorno all'inutilizzabilità degli atti nel processo penale*, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 1110; GALANTINI N., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992; PIERRO G., *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992; GRIFANTINI F. M., voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, 1993, p. 243.

(136) MAGLIOCCA G., *Le nullità*, in *Trattato*, I, cit., p. 362. Il codice di rito vigente ha peraltro innovato la formulazione letterale del principio in analisi, in quanto ai sensi dell'art. 177 c.p.p. la nullità discende espressamente «dall'inosservanza delle disposizioni stabilite per gli atti del procedimento» e non più, come sancito ambigualmente nella formulazione dell'art. 184 c.p.p. del 1930, «dall'inosservanza delle forme prescritte per gli atti processuali». La modifica permette di affermare, oramai pacificamente, da un lato, che la nullità non concerne esclusivamente il carattere formale degli atti; dall'altro, che essa può riguardare anche atti diversi rispetto a quelli disciplinati all'interno del processo in senso tecnico, quali quelli anteriori inerenti la fase delle indagini preliminari, ovvero quelli posteriori riguardanti la fase esecutiva. Sul punto, per tutti, CORVI P., *sub art. 177*, in *Comm.* a cura di GIARDA A. – SPANGHER G., I, cit., p. 1603.

Peraltro, la specifica tecnica legislativa utilizzata consente di individuare all'interno della disciplina delle nullità due distinte modalità di previsione tassativa (137). Sono infatti rintracciabili:

a) sia nullità c.d. speciali, le quali sono di volta in volta stabilite nelle singole disposizioni dettate dal codice di rito (138);

b) sia nullità che, per mere ragioni di economia processuale ed in armonia col principio di tassatività (139), sono ricavabili dal raffronto fra la disposizione effettivamente violata e la norma di ordine generale che tutela a pena di nullità determinate classi di interessi protetti (140), riconducibili alla costituzione dell'organo giudicante, alla corretta partecipazione del PM nel procedimento, nonché alla salvaguardia del diritto al contraddittorio ed alla difesa in giudizio dei soggetti privati coinvolti (arg. ex art. 178 c.p.p. vigente).

Ciò chiarito in via preliminare, le nullità si distinguono essenzialmente per la diversa intensità del trattamento sanzionatorio; sussistono quindi nullità assolute, nullità a regime intermedio e nullità relative.

Ai sensi dell'art. 179 c.p.p. vigente, le nullità assolute sono insanabili e rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, fino a quando la decisione non sia passata in giudicato formale o c.d. implicito (141).

(137) Il principio di previsione tassativa dei motivi di nullità impone anche il seguente corollario: è assolutamente vietato il ricorso all'analogia o all'interpretazione estensiva al fine di enucleare nuove ipotesi di nullità, le quali dunque sono da considerarsi in *numerus clausus*. Tale affermazione costituisce principio pacifico in dottrina. Per tutti PANZAVOLTA M., voce *Nullità degli atti processuali. II) Diritto processuale penale*, in *Enc. Giur.*, XXI, agg., Roma, 2005, p. 1 ss.

(138) Si pensi agli artt. 103, 109, 111, 125, 142, 144, 199, 213, 214, 224bis, 274, 292, 364, 369bis, 429, 471, 497, 523, 525, 552, 555, 601, 655, 704 c.p.p. vigente.

(139) GRILLI L., *La procedura penale. Guida pratica*, I, Padova, 2009, p. 363; CORDERO F., *Procedura penale*, 9ª ed., cit., p. 1180; CRISTIANI A., *Manuale del nuovo processo penale*, Torino, 1989, pp. 166 – 167; CASSIANO A., *Elementi diritto processuale penale*, Milano, 1933, p. 125. Per rilievi velatamente critici, nel senso della vaghezza connaturata al paradigma delle nullità generali, v. APRATI R., *Le nullità*, in AA. VV., *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, Torino, 2015, pp. 687 – 689.

(140) Il riferimento è all'art. 178 c.p.p. vigente, il quale dispone che: «è sempre prescritta a pena di nullità l'osservanza delle disposizioni concernenti: a) le condizioni di capacità del giudice e il numero dei giudici necessario per costituire i collegi stabilito dalle leggi di ordinamento giudiziario; b) l'iniziativa del PM nell'esercizio dell'azione penale e la sua partecipazione al procedimento; c) l'intervento, l'assistenza e la rappresentanza dell'imputato e delle altre parti private nonché la citazione in giudizio della persona offesa dal reato e del querelante».

(141) Come in particolare osservato da VOENA G. P., *Gli atti*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di CONSO G. – GREVI V., 4ª ed., cit., p. 278, oltre al caso dell'irrevocabilità della decisione conseguente al passaggio in giudicato formale della stessa, l'attuale codice di rito annovera anche un'ipotesi di preclusione anticipata del vizio, il quale non è più deducibile nel giudizio di rinvio dopo la cassazione in forza del principio del giudicato c.d. implicito (arg. ex art. 627, co. 4, c.p.p. vigente).

Le nullità relative trovano disciplina all'art. 181 c.p.p. vigente: esse sono eccepibili solo dalla parte interessata alla dichiarazione del vizio ed entro termini brevi, che sostanzialmente corrispondono ad ogni singola fase o grado in cui può articolarsi il procedimento penale instaurato (142).

Infine, le nullità a regime intermedio di cui all'art. 180 c.p.p. vigente prevedono una disciplina particolare: come le nullità assolute sono rilevabili anche d'ufficio dal giudice; ma similamente alle nullità relative sono soggette a sanatoria entro determinati termini endo – processuali, seppure meno contenuti (143).

Delineate, seppur nei loro tratti essenziali, le ipotesi di nullità processuali e la relativa disciplina, appare netta la distinzione concettuale con la categoria dell'abnormità.

Infatti, mentre le prime soggiacciono al rigido principio di tassatività e sono quindi da considerarsi legislativamente previste in *numerus clausus* (144), l'abnormità sfugge per definizione ai dettami legislativi (145), ponendosi come invalidità che deroga al suddetto principio di tassatività (146).

(142) Più specificamente, ex art. 181, co. 2, c.p.p. vigente: a) le nullità concernenti gli atti delle indagini preliminari, quelli compiuti nell'incidente probatorio, nonché quelli compiuti nell'udienza preliminare, devono essere eccepiti prima che sia pronunciato dal GUP il decreto che dispone il giudizio ovvero la sentenza di non luogo a procedere; viceversa, qualora il procedimento prescelto non preveda la celebrazione dell'udienza preliminare, le nullità devono essere eccepiti entro il termine di cui all'art. 491, co. 1; b) le nullità concernenti il decreto che dispone il giudizio ovvero gli atti preliminari al dibattimento devono essere eccepiti entro il medesimo termine previsto dall'art. 491, co. 1, per la decisione delle questioni preliminari; c) la parte, d'altronde, può sempre riproporre l'eccezione di nullità disattesa dal giudice, purché al massimo ciò avvenga nel termine dell'art. 491, co. 1, quando sia celebrato il dibattimento, ovvero con l'impugnazione della sentenza di non luogo a procedere; d) Infine, le nullità verificatesi nel giudizio devono essere eccepiti, pena la preclusione delle relative questioni, con l'impugnazione della sentenza.

(143) Per la precisione, ex art. 180 c.p.p. vigente, quelle verificatesi prima del giudizio vanno rilevate entro la deliberazione della sentenza di primo grado, mentre quelle successive a detta deliberazione vanno rilevate entro la deliberazione della sentenza del grado immediatamente successivo.

(144) Muovendo da tali premesse, DI PAOLO G., *Nullità processuali e sanatorie tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 1, p. 248 ss., coglie la seguente prospettiva: mentre il sistema delle nullità è predeterminato e protegge interessi valutati meritevoli di tutela in astratto, il vizio di abnormità garantisce le parti avverso anomalie effettive del provvedimento, ovvero in conseguenza del pregiudizio in concreto subito; peraltro, l'A. sottopone a vaglio critico il principio, in quanto nella pratica applicativa esso ha conosciuto alcune eccezioni. Anche per CAPRIOLI F., *Abuso del diritto di difesa e nullità inoffensive*, in *Cass. Pen.*, 2012, p. 2453, la contrapposizione fra abnormità e vizio innocuo, alla luce delle decisioni della Suprema Corte avutesi a riguardo, sembra essere meramente apparente. Sotto l'inversa prospettiva cfr. CONTI C., *Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 1657, per il quale anche nei confronti delle nullità varrebbe il principio dell'offensività effettiva, con la conseguenza che l'atto non potrà essere dichiarato nullo se in concreto non abbia provocato pregiudizi meritevoli di tutela.

(145) VALENTINI C., *I profili generali della facoltà di impugnare*, in AA.VV., *Le impugnazioni penali*, cit., p. 205 parla in proposito dell'abnormità come rimedio «di risulta», postulando

Dunque le due categorie, in ultima analisi, si escludono a vicenda (147).

Nel paragrafo seguente verrà analizzata la categoria dell'inesistenza giuridica (148); peraltro, si riscontrerà una maggiore complessità dell'indagine, in conseguenza del fatto che a differenza della nullità, la cui casistica è stata predeterminata dal codice di rito, l'inesistenza trascende il dato positivo, ponendosi al pari dell'abnormità come deroga al principio di tassatività delle nullità processuali.

8. L'inesistenza giuridica del provvedimento.

Storicamente, l'affermazione nel processo penale delle teorie sull'inesistenza dell'atto giuridico elaborate dalla dottrina processual – civilista (149) è avvenuta per

l'inapplicabilità di rimedi diversi; BELLOCCHI A., *L'atto abnorme*, cit., p. 224, afferma del pari la natura sussidiaria dell'istituto.

(146) Cfr. specificamente in questa sede IASEVOLI C., voce *Abnormità (diritto processuale penale)*, cit., p. 2; SCELLA A., *Un uso improprio del concetto di atto processuale abnorme*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 1997, p. 1234; nonché IACOVIELLO F. M., per il quale l'abnormità si riferisce a situazioni non contemplate dal codice né ipotizzabili dal sistema per «*carezza di immaginazione*». In giurisprudenza, per tutte, Cass. Pen., 14 luglio 1995, Berlusconi, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 2234.

(147) Non sono peraltro mancate pronunce giurisprudenziali che hanno intersecato le nozioni di nullità ed abnormità, confondendo le due categorie; peraltro, da un'attenta analisi delle decisioni può ricavarsi che l'elasticità concettuale discende dalla volontà giurisprudenziale di accordare alla parte la maggior tutela possibile avverso tali situazioni di ingiustizia. Sul punto cfr. Cass. Pen., 17 luglio 1991, n. 525, riportata da SANTALUCIA G., *L'abnormità*, cit., p. 170; Cass. Pen., 19 marzo 1997, Gabrielli, in *Dir. Pen. e Proc.*, 1997, p. 1233.

(148) Il dualismo esistenza – inesistenza si pone per eccellenza sul piano ontologico, ispirando interessanti studi filosofici fin dalle origini della storia umana. Restrungendo l'indagine al piano prettamente materiale, il concetto di inesistenza identifica tutto ciò che in un dato contesto spazio – temporale non possiede un'effettiva realtà. Viceversa, a livello giuridico, l'inesistenza esprime la totale inettitudine a produrre effetti da parte di ciò che, invero, materialmente sussiste. Come acutamente rilevato da CORDERO F., *Procedura penale*, 9ª ed., cit., p. 1177, «*l'atto cosiddetto inesistente è reale ossia esiste; il bisticcio dipende dai due significati in cui abbiamo usato lo stesso vocabolo nella stessa frase: come segno qualificativo e indicatore storico*». Per tali motivi, l'analisi verrà circoscritta alle sole ipotesi di inesistenza dal punto di vista degli effetti giuridici dell'atto. Ciò non toglie, *a fortiori*, che l'inesistenza possa consistere anche nella mancata attuazione fattuale o materiale di una determinata attività, come nel caso emblematico in cui la sentenza non venga proprio emanata. Eppure, in accordo con quanto osservato da LEONE G., *Lineamenti di diritto processuale penale*, 3ª ed., Napoli, 1954, p. 347, la nozione materiale di inesistenza è priva di rilevanza teorica nel processo, in quanto per «*un atto che non esiste in rerum natura non si pone per nulla il problema della sua validità ovvero della sua capacità a produrre conseguenze giuridiche*»; così anche ID., *La sentenza penale inesistente*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1936, p. 22 ss.; PANNAIN R., *Le sanzioni*, cit., p. 253; MANCINELLI R., voce *Inesistenza degli atti processuali penali*, in *N.s.simo Dig. It.*, VIII, Torino, 1957, p. 638. Tuttavia, non sono mancate pronunce che hanno posto l'attenzione anche al piano materiale dell'inesistenza, la quale non divergerebbe, dal punto di vista degli effetti, dal concetto di inesistenza giuridica: parifica ad esempio i due concetti Cass. Pen., 29 luglio 1997, n. 2053, per cui l'inesistenza è anomalia genetica «*così radicale da escludere o l'esistenza materiale o l'esistenza giuridica dell'atto*».

(149) La categoria dell'inesistenza giuridica quale espediente di giustizia sostanziale per ovviare ai casi più gravi di invalidità ha trovato fiorente trattazione fra gli studiosi del processo civile; solo successivamente essa è stata trasfusa nel processo penale. Sul punto ALOISI U., *Applicazioni*

ragioni contingenti, dopo l'entrata in vigore del codice di rito del 1930 (150). Infatti il codice Rocco, avendo abolito il sistema delle c.d. nullità assolute (151), aveva di fatto esteso ad ogni ipotesi di invalidità il regime previsto in materia di nullità relative, con la conseguenza di comprimere nettamente la tutela della parte avverso le più gravi situazioni di illegalità che avrebbero potuto verificarsi all'interno del processo (152).

La volontà di risolvere tale problematica ha comportato una deformazione applicativa dell'istituto in giurisprudenza (153), in quanto originariamente l'inesistenza dell'atto processuale è stata soprattutto invocata per sottrarre le più gravi ipotesi di invalidità tipizzate dal legislatore dalla regola generale della sanabilità del vizio entro brevi termini. In altre parole, vi è stata da parte della giurisprudenza una reazione garantistica, concretizzatasi nell'espedito tecnico di attribuire alle invalidità processuali disciplinate dal legislatore, ma rispetto alle quali apparivano più pregnanti le esigenze di tutela, un regime giuridico distinto da quello previsto per le nullità (154).

Solo dopo la definitiva reintroduzione nel sistema processuale penale delle nullità assolute, mediante l. n. 517 del 1955 (155), l'inesistenza ha riacquisito il suo

giurisprudenziali, cit., p. 457. Per una disamina della dottrina civilistica in materia, v. ampiamente *infra*, Cap. II, p. 113 ss.

(150) BELLAVISTA G., *Lezioni di Diritto Processuale Penale Italiano*, Milano, 1956, p. 144, parla di vero e proprio «*stato di necessità per la scienza del processo penale*».

(151) Disponeva l'originario art. 184, co. 2, c.p.p. del 1930 che «*tutte le nullità possono essere sanate nei modi stabiliti dalla legge*». Sul punto PANNAIN R., *Le sanzioni*, cit., p. 239; SANTORO A., *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 1954, p. 411, nonché LEONE G., *Delle nullità*, in *Il codice di procedura penale illustrato articolo per articolo*, diretto da CONTI U., I, Milano, 1937, p. 706, il quale effettua un'interessante disamina dei lavori preparatori che hanno preceduto la formulazione dell'articolo di riferimento.

(152) Ad ogni modo, era stata correttamente ricavata per via interpretativa – almeno – la rilevanza officiosa delle ipotesi più gravi di invalidità. Sembrano sotto questo punto di vista insuperabili le osservazioni di SANTORO A., *Manuale*, cit., p. 412; LEONE G., *Lineamenti*, cit., p. 163; DE MARSICO A., *Lezioni di diritto processuale penale*, 3^a ed., Napoli, 1955, p. 136. Tali A. hanno sostenuto la deroga al principio di rilevazione delle nullità *ope exceptionis* in relazione a tutte quelle violazioni di regole poste a protezione di interessi generali dell'ordinamento giuridico processuale. Cfr. anche FLORIAN E., *Nullità assolute nel codice penale vigente?*, in *Studi in memoria del prof. Massari*, Napoli, 1936, p. 24, nonché MANZINI V., *Istituzioni di diritto processuale penale, secondo il nuovo codice di procedura penale*, 6^a ed., Padova, 1934, i quali hanno previsto, per dette ipotesi, l'applicazione integrale dell'abrogato regime delle nullità assolute, con conseguente insanabilità dei vizi fino al passaggio in giudicato della decisione.

(153) La dottrina maggioritaria dell'epoca si è posta in aperto contrasto con tale orientamento: cfr. sotto quest'ottica RANIERI S., *Inesistenza e nullità degli atti processuali penali*, in *Giust. Pen.*, 1948, III, p. 113; BATTAGLINI E., *Nullità e inesistenza degli atti processuali penali*, in *Giust. Pen.*, 1935, III, p. 394; LATTANZI G., *A proposito degli atti processuali nulli e giuridicamente inesistenti*, in *Riv. Pen.*, 1942, p. 172.

(154) La considerazione è di CATALANO E. M., *Giurisprudenza creativa*, cit., p. 305. PAULESU P., *sub art. 177*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, cit., 486, descrive il fenomeno come una vera e propria «*bonifica processuale*».

(155) Sugli effetti della riforma v. l'ampio studio di CONSO G., *La sanatoria delle nullità assolute nell'odierno processo penale*, in *Riv. Dir. Proc. Pen.*, 1956, p. 526 ss.

ambito elettivo di applicazione, oggi pacificamente individuato nella portata meramente residuale rispetto al sistema delle nullità disciplinate dal codice di rito (156).

Nello specifico, difatti, l'espedito mira a superare il principio di tassatività (157), stando al quale un atto non può essere dichiarato nullo, e quindi rimane valido ed efficace, se la specie di invalidità, per quanto macroscopica, non sia stata espressamente prevista dalla legge (158); quando viceversa appare evidente, *a fortiori*, la radicale invalidità di siffatte ipotesi.

In ultima analisi, il concetto di inesistenza quale «*forma radicale d'invalidità dell'atto*» (159) risponde a necessità logiche elementari, le quali si traducono in altrettante esigenze di giustizia e garanzia processuale (160).

La fisionomia della categoria, oggetto di specifici studi da parte della dottrina processual – penalistica (161), i quali sono stati generalmente condivisi dalla

(156) Dunque, la reintroduzione delle nullità assolute (originariamente disciplinate all'art. 136 c.p.p. del 1913) mediante novella all'art. 185 c.p.p. del 1930, ha avuto l'effetto di restringere le ipotesi di inesistenza, da doversi limitare ai casi più gravi di invalidità non contemplati dal legislatore: infatti, molte situazioni già configurate quali casi di inesistenza dalla giurisprudenza sono state confluite nel paradigma delle nullità assolute. Il risultato è stato di incentivare la rilevanza autonoma e sistematica della categoria. Sul punto MANCINELLI R., voce *Inesistenza*, cit., pp. 639 – 640; CATALANO E. M., *Giurisprudenza creativa*, cit., p. 305, nota 11; NEVOLI F., voce *Abnormità (dir. proc. pen)*, in *Dig. Disc. Pen.*, agg. VI, Assago, 2011, p. 6.

(157) Sotto questa luce prospettica, può dedursi la specularità del fenomeno dell'inesistenza rispetto a quello della mera irregolarità formale dell'atto. L'osservazione è di GALANTINI N., voce *Vizi degli atti processuali penali*, in *Dig. Disc. Pen.*, XV, Torino, 1999, p. 364, la quale accomuna l'irregolarità all'inesistenza giuridica in quanto entrambi vizi innominati dell'atto, affermando che esclusivamente «*il grado di consistenza della patologia dell'atto ne decreta la mera irregolarità o, viceversa, l'inesistenza*».

(158) Sintetizza MENCARELLI F., *Il provvedimento abnorme*, cit., p. 1, che «*le nullità sono chiuse, cioè non soffrono interpretazione estensiva né tanto meno il ricorso alla analogia. Esse infatti hanno ad oggetto esclusivo il modello di singoli specifici atti ovvero di categorie di atti specificamente individuati*».

(159) Così BELLOCCHI A., *L'atto abnorme*, cit., p. 238.

(160) CONSO G., *Il concetto*, cit., p. 98: «*tassatività e sanatoria (con il giudicato o prima del giudicato) delle nullità non lasciano altra via che quella dell'inesistenza per ravvisare delle imperfezioni che, oltre ad impedire irrimediabilmente la produzione degli effetti dell'atto perfetto, non ne consentano la produzione neppure in forma precaria. Via più che mai necessaria, ad evitare assurdità e sperequazioni stridenti, in un settore che, a causa della tassatività delle altre forme di invalidità (...), sarebbe costretto, qualora non si riconoscesse la figura dell'inesistenza, a ritenere validi e, quindi, efficaci gli atti viziati in maniera più grave degli atti sottoposti al trattamento della nullità assoluta*».

(161) Fra gli studiosi che si sono specificamente interessati del fenomeno nel diritto processuale penale, hanno sostenuto l'autonomia, nonché la rilevanza concettuale dell'inesistenza, LEONE G., *La sentenza penale inesistente*, cit., *passim*; PANNAIN R., *Le sanzioni*, cit., spec. p. 239 ss; CORDERO F., *L'inesistenza della decisione giudiziaria (rilievi in merito ad un recente contributo giurisprudenziale all'inquadramento del problema)*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1957, p. 602; DINACCI U., *Una particolare specie d'invalidità: la inesistenza degli atti processuali penali*, in *Riv. Giur. Circ. Trasp.*, 1956, p. 254; BELLAVISTA G., *Sentenza di cassazione inesistente*, in *Arch. Pen.*, 1954, p. 304; PIACENZA S., *Inesistenza e nullità di atti nel processo penale*, in *Giur. It.*, 1947, p. 85; BATTAGLINI E., *Sentenza inesistente ed impugnazione*, in *Giust. Pen.*, 1947, III, p. 312; COSTA S., *Sulla invalidità della sentenza pubblicata ma*

giurisprudenza (162), è stata parametrata sullo *standard* minimo affinché un atto processuale possa essere considerato tale (163): al di sotto di questa soglia esso non potrà mai produrre effetti giuridici (164). Con particolare riferimento alla sentenza (165), l'inesistenza è configurabile tutte le volte in cui la decisione, fuori dai casi di nullità previsti, difetti degli elementi strutturali indispensabili per l'identificazione con il modello astratto disciplinato dal codice, ovvero sia emanata in difetto assoluto dei suoi presupposti (166).

non redatta né sottoscritta, in *Annali Dir. Proc. Pen.*, 1941, p. 3; ZEPPIERI L., *Le nullità nel processo penale*, Roma, 1934. Sul piano puramente lessicale, DONDINA M., *Sulla pretesa differenziazione dei concetti di nullità e di inesistenza nel processo penale*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1935, p. 509, nonché ID., *Il sistema delle nullità secondo il nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. Pen.*, 1932, p. 38, ha sostenuto l'identità fra le nozioni di nullità assoluta e di inesistenza, ed in particolare l'irrelevanza concettuale autonoma della seconda. Viceversa, parte della dottrina ha criticato sostanzialmente la categoria dell'inesistenza, ammettendo in ogni caso la sanatoria delle invalidità processuali, per quanto gravi, col passaggio in giudicato della sentenza emanata. Sul punto MANZINI V., *Trattato di diritto processuale penale*, III, 5ª ed., Torino, 1956, p. 99; ID., *Reviviscenza delle nullità assolute*, in *Annali Dir. Proc. Pen.*, 1942, p. 9; cfr. anche SABATINI G., *Istituzioni di diritto penale*, Roma, 1937. Più articolata, infine, la posizione di MUSCOLO P., *La nullità e l'inesistenza nel processo penale*, in *Giust. Pen.*, 1971, III, p. 483, il quale, pur condividendo l'utilità della categoria dell'inesistenza, afferma la necessità di restringere entro assai rigorosi limiti tale figura, seppur giustificata da ragioni di giustizia sostanziale.

(162) In via di principio, la giurisprudenza è perfettamente allineata – salvo rare eccezioni (v. Cass. Pen, 25 giugno 1975, Francia, in *Cass. Pen.*, 1976, p. 166) con la definizione comunemente fornita dalla dottrina per descrivere il fenomeno dell'inesistenza giuridica. Con particolare riferimento alle decisioni avutesi dopo la reintroduzione delle nullità assolute, la Suprema Corte ha costantemente riaffermato nell'arco di un cinquantennio che va qualificato come inesistente l'atto mancante dei requisiti minimi per essere considerato tale. A titolo esemplificativo v. Cass. Pen., 22 marzo 2000, Rizzo, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 1296; Cass. Pen., 28 maggio 1996, n. 1601, riportata da SANTALUCIA G., *L'abnormità*, cit., p. 170; Cass. Pen., 26 aprile 1989, Goria, in *Cass. Pen.*, 1990, p. 1435, con nota di FERRARO; Cass. Pen., 18 novembre 1960, in *Giust. Pen.*, 1961, III, p. 178; Cass. Pen, 6 febbraio 1956, Dezani, in *Giust. Pen.*, 1957, III, p. 342.

(163) Muovendo dalla comune constatazione circa l'impraticabilità di una definizione in positivo del fenomeno, la dottrina concorda in via generale sul fatto che l'inesistenza derivi dalla mancanza degli elementi necessari (o essenziali, o indispensabili) per l'identificazione dell'atto. Già in passato CALDERONE R. C. – LEMBO C., *Verso un nuovo concetto di inesistenza giuridica?!*, in *Cass. Pen.*, 1976, p. 170; CORDERO F., *L'accertamento dell'inesistenza della sentenza penale*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1959, p. 673; MANCINELLI R., *Inesistenza degli atti processuali penali*, in *N.ssimi Dig. It.*, VIII, Torino, 1957, p. 639: «l'inesistenza deriva dalla mancanza degli elementi necessari per l'identificazione dell'atto, ossia degli elementi in assenza dei quali l'atto non è più riconoscibile come atto di quel certo tipo che si voleva realizzare»; BELLAVISTA G., *In tema di sentenza resa a non iudice e di ricorso straordinario per cassazione*, in *Riv. Dir. Proc. pen.*, 1956, p. 256; VANNINI O., voce *Nullità degli atti di procedura (diritto processuale penale)*, in *N.vo Dig. It.*, VIII, Torino, 1939, p. 1171; LEONE G., *La sentenza penale inesistente*, cit., pp. 33 – 34; MASSARI E., *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, Napoli, 1932, p. 455.

(164) Osserva correttamente MANCINELLI R., voce *Inesistenza*, cit., p. 639, che il rapporto fra carenze strutturali della decisione e sua inefficacia *ab origine* sia di causa ad effetto.

(165) CORVI P., *sub art. 177*, in *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 1622: «si ritiene che l'inesistenza colpisca in particolare la sentenza, anche se non si esclude che possa inficiare singoli atti e, addirittura, l'intero rapporto processuale».

(166) Per LEONE G., *La sentenza penale inesistente*, cit., p. 19, nota 1, «l'inesistenza del singolo atto processuale, invero, può essere superata dalla validità della sentenza. Solo, dunque, nel caso che l'inesistenza si comunichi anche alla sentenza, costituisce motivo di invalidità permanente». In generale

Di conseguenza, qualora non venga esperita impugnazione nei termini (167), solo apparentemente la decisione emanata diverrà irrevocabile (168): infatti, l'inesistenza potrà essere accertata da chiunque vi abbia interesse ed in qualsiasi momento, mediante proposizione di apposita azione dichiarativa o incidentalmente nel giudizio di esecuzione (169).

Poste le premesse logico – dogmatiche dell'inesistenza, volta ad «*attenuare l'insopportabile rigore del sistema*» (170), risulta particolarmente delicata la concreta declinazione del concetto.

In particolare, sottratti i casi scolastici della sentenza emessa *a non iudice* (171) o nei confronti di imputato immaginario (172), l'individuazione delle singole ipotesi di inesistenza non può che dipendere dall'imprevedibile fenomenologia del reale (173).

sul tema v. AMBROSOLI L., voce *Provvedimenti del giudice (diritto processuale penale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, X, Torino, 1995, p. 437; ANGELETTI R., *L'inesistenza giuridica dell'atto*, in *Le invalidità in generale delle prove e dei mezzi di prova*, I, Torino, 2005, p. 148.

(167) Si ritiene di accogliere l'impostazione di BATTAGLINI E., *Sentenza inesistente ed impugnazione*, cit., p. 315; ID. *Ancora sull'impugnazione di sentenze inesistenti*, in *Giust. Pen.*, 1950, III, p. 276; nonché MANCINELLI R., *L'accertamento dell'inesistenza della sentenza penale*, cit., p. 676. Viceversa, per ZUCCALÀ G., *Sentenza inesistente di giudice speciale e ricorso della parte civile*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1949, p. 66, sono applicabili i rimedi impugnatori previsti per legge anche dopo la decorrenza dei termini. Su un piano totalmente differente si sono posti SABATINI G., *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, p. 276 e FLORIAN E., *Principi di diritto processuale penale*, cit., p. 120, i quali hanno affermato l'impossibilità di esperire impugnazione avverso una sentenza che, a stretto rigore giuridico, non esiste.

(168) Sul tema specifico MANCINELLI R., *L'accertamento dell'inesistenza della sentenza penale*, cit., p. 676; BATTAGLINI E., *Osservazioni sulla sentenza giuridicamente inesistente*, in *Giust. Pen.*, 1952, III, p. 182; CONSO G., *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., p. 96.

(169) Esemplare LEONE G., *La sentenza penale inesistente*, cit., p. 33: «*sentenza inesistente è, quindi, quell'atto avente aspetto di sentenza che, benché fornito di apparente irrevocabilità, è improduttivo di qualsiasi effetto giuridico tanto nei rapporti delle parti che dei terzi. Conseguentemente essa non può dar luogo ad esecuzione; non può ostacolare la riproposizione dell'azione e, quindi, non consuma l'azione esercitata; può essere attaccata in ogni tempo, tanto per via di azione che di eccezione; non produce i c.d. effetti secondarii della sentenza e, quindi, come sentenza penale, non può esser messa a base di quegli istituti (abitudine, professionalità, tendenza a delinquere, recidiva), che presuppongono una condanna irrevocabile; non può essere iscritta al casellario giudiziario; non può valere come base per l'applicazione, fuori dal processo, di misure di sicurezza, etc.; e, infine, vien rimossa mediante un'azione di mero accertamento (negativo), essendo essa invalida fin dal momento della sua nascita tanto da non interrompere il corso della prescrizione*».

(170) Così FRISOLI P., *Incertezze giurisprudenziali in tema di sentenza inesistente*, cit., p. 797.

(171) Su cui cfr. BELLAVISTA G., *In tema di sentenza emessa a non iudice e di ricorso straordinario per cassazione*, in *Riv. Dir. Proc. Pen.*, 1956, pp. 259 – 260.

(172) CORDERO F., *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, p. 220; LEONE G., *La sentenza penale*, cit., p. 37.

(173) Sull'evidente difficoltà pratica di distinguere le ipotesi di nullità da quelle di inesistenza v. ROSSO G., *Nullità e inesistenza*, in *Arch. Pen.*, II, 1948, p. 316. Viceversa, per un approccio costruttivo al delicato tema della distinzione, si rinvia all'interessante studio di CIRAULO G., *La sentenza penale apparente*, in *Riv. Dir. Proc. Pen.*, 1957, p. 112 ss., spec. pp. 127 – 140.

Muovendo da tali premesse e visto lo scopo prettamente esemplificativo, l'elencazione che qui di seguito si propone è lo specchio di una convergenza fra le più accreditate opinioni dottrinali e l'orientamento giurisprudenziale dominante. Orbene, sono state considerate inesistenti le sentenze emesse da un organo sfornito del potere giurisdizionale in relazione alla specifica controversia (174), quelle non redatte per iscritto ovvero assolutamente prive del dispositivo fuori dai casi dell'art. 546 c.p.p. vigente (175), nonché quelle pronunciate nei confronti di imputato defunto (176) o immune dalla giurisdizione penale (177).

9. Il delicato rapporto fra l'abnormità e l'inesistenza giuridica del provvedimento.

Chiarita la disciplina dell'inesistenza, nonché i suoi principali ambiti operativi, si rivela opportuna una comparazione con l'abnormità cominciando dalle loro similitudini (178).

In particolare, entrambi gli istituti condividono la matrice «*extralegislativa*» (179).

Identica è pure la *ratio*, consistente nel salvaguardare insopprimibili esigenze di giustizia sostanziale, alleviando in ultima analisi il rigore del sistema processuale (180).

(174) Sulla configurabilità dell'inesistenza giuridica quando la sentenza è emanata dal giudice privo di giurisdizione penale la giurisprudenza è generalmente favorevole: v. Cass. Pen., 24 novembre 1999, n. 25, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 1167; Cass. Pen., 28 ottobre 1991, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 580. In dottrina a favore dell'inesistenza CANZIO G., *Il ricorso per cassazione*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale. Le Impugnazioni*, diretto da CHIAVARIO M. – MARZADURI E., Torino, 2005, p. 299; BARGI A., *Controllo di Legittimità ed errore di fatto nel giudizio di cassazione*, Padova, 2004, pp. 38 – 39, il quale peraltro estende *a fortiori* il regime dell'inesistenza giuridica alle altre ipotesi di eccesso di potere ex art. 606, co. 1, lett. a, c.p.p. vigente; cfr. ad ogni modo RAFARACI T., voce *Nullità*, cit., p. 601; LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, 6ª ed., cit., p. 183. Sul delicato rapporto fra difetto assoluto di giurisdizione e conseguente inesistenza del provvedimento emanato v. quanto si osserverà *infra* Cap. I, Sez. II, p. 57, nota 249.

(175) Cass. Pen., 3 marzo 1997, Nicolò, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 2099; Trib. Roma, 24 febbraio 1958, in *Arch. Pen.*, 1958, II, p. 504. In dottrina RANIERI S., *Manuale*, cit., p. 254; VANNINI O., voce *Nullità*, cit., p. 1171.

(176) Ad es. Cass. Pen., 28 ottobre 1991, Alaia, in *Cass. Pen.*, 1993, p. 580. In dottrina DI NATALE C., *Sentenze penali contro defunti*, in *Riv. Proc. Pen.*, 1960, p. 561.

(177) Ad es. Cass. Pen., 8 maggio 1998, Simic, in *Cass. Pen.*, 1999, p. 1501. In dottrina LEONE G., *La sentenza*, cit., p. 37; DE MARSICO A., *Lezioni*, cit., p. 144.

(178) Perfino l'ideatore della categoria abnormità, ovvero ALOISI U., *Manuale pratico*, cit., p. 44, aveva sostenuto il suo «*palese legame concettuale con quello relativo alla sentenza giuridicamente inesistente*».

(179) CATALANO E. M., *Giurisprudenza creativa*, cit., p. 300. L'A. li identifica in fenomeni di *case law*, prospettando l'applicazione in tali materie della regola sul precedente vincolante.

Inoltre, tanto l'abnormità quanto l'inesistenza, sono in linea teorica applicabili a tutti i provvedimenti giurisdizionali e possono derivare sia da *errores in procedendo* che da *errores in iudicando* (181).

Ma nonostante condividano alcune caratteristiche, i due istituti in analisi rivestono una rilevanza concettuale autonoma nell'ambito della teoria dell'invalidità (182). Infatti, venendo alle fondamentali divergenze, il provvedimento abnorme diventa irrevocabile qualora non impugnato nei termini; viceversa, la decisione giuridicamente inesistente sfugge per definizione all'autorità del giudicato (183), potendo tale vizio essere fatto valere senza limiti temporali, anche in fase esecutiva (184).

Tale circostanza, peraltro, riflette la differenza intercorrente sul piano della struttura del vizio: infatti, mentre l'inesistenza investe il piano formativo – in senso lato – dell'atto (185), il quale sarà carente dei requisiti minimi per la riconducibilità ad una fattispecie normativa, il provvedimento abnorme risulta conforme allo schema legale, essendo il vizio annidato nel suo contenuto precettivo anomalo (186).

(180) In particolare SANTALUCIA G., *L'abnormità*, cit., pp. 170 – 171, per il quale inesistenza ed abnormità «hanno radici comuni nell'esigenza di soddisfare, al di là delle previsioni di legge, istanze di giustizia». Nello stesso senso CATALANO E. M., op. cit., p. 300.

(181) Pressoché testualmente TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 209. Si precisa ad ogni modo che il vizio di inesistenza non è esclusiva prerogativa della decisione finale, potendo affliggere anche gli atti endo – procedimentali, mentre l'istituto dell'abnormità è tecnicamente riferibile ai soli provvedimenti giurisdizionali.

(182) Fra gli studi più recenti sul tema della distinzione concettuale fra inesistenza ed abnormità v. MAFFEO V., *L'abnormità*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Assago, 2015, p. 413 ss.; GAITO A., *Procedura penale*, 2ª ed., Assago, 2015, p. 270 ss.; SPANGHER G., *Gli atti*, in AA. VV., *Procedura penale*, 3ª ed., Torino, 2014, p. 252; MANCUSO E. M., *Il giudicato nel processo penale*, in *Trattato di procedura penale*, XLI, diretto da UMBERTIS G. – VOENA G. P., Milano, 2012, spec. p. 223 ss.; TONINI P., *Lineamenti di diritto processuale penale*, 10ª ed., Milano, 2012, p. 110; BELLOCCHI A., *L'atto Abnorme*, cit., p. 236 ss.

(183) Sulla distinzione, fra i molti, DEAN G., *Gli atti*, in AA. VV., *Procedura penale*, Torino, 2010, p. 227; TONINI P., *Manuale di procedura penale*, 9ª ed., Milano, 2008, pp. 198 – 199; ZIGNANI D., *Sulla nozione di abnormità*, cit., p. 273 – 274; DALIA A. – NORMANDO R., voce *Nullità degli atti processuali*, cit., p. 27; PIERRO G., *Appunti*, cit., p. 332; NUVOLONE P., *Ricorso inammissibile e sentenza inesistente*, in *Giur. It.*, 1946, II, p. 178; DE GIOVANNI B., *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, p. 40.

(184) Oltre agli A. richiamati in precedenza nelle precedenti note 182 e 183, cfr. anche NUVOLONE P., *Ricorso inammissibile*, cit., pp. 177 – 178, per il quale «l'obbligo di promuovere l'esecuzione della sentenza irrevocabile viene meno quando il PM si trova di fronte a una non-sentenza. Il condannato, dal canto suo, ha la possibilità di sottrarsi alla esecuzione, sollevando un incidente di esecuzione». L'A. afferma inoltre che l'inesistenza della sentenza può essere dichiarata in ogni fase del procedimento, indipendentemente dalla proposizione di apposito mezzo di impugnazione.

(185) In definitiva, per CORDERO F., *Procedura penale*, 3ª ed., Milano, 1995, p. 1020, «l'atto nasce morto».

(186) Ancora CATALANO E. M., *Giurisprudenza creativa*, cit., p. 306; BATTAGLINI E., *La requisitoria sul ricorso Maugeri*, cit., p. 322 ss. In argomento anche SAYA F., *Unità della giurisdizione e sentenza inesistente*, cit., p. 77: «non sembra fondata la recente opinione la quale vorrebbe equiparare i provvedimenti inesistenti con quelli abnormi (...): le due nozioni, infatti, non coincidono in quanto sono

Inoltre, a differenza dell'abnormità, che pone fondamentalmente argine al principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, il rimedio dell'inesistenza è stato concepito per ovviare al principio di tassatività delle nullità (187).

Infine, è stata rintracciata in dottrina un'interessante nota distintiva che coinvolge il principio del «*ritmo sillogistico*» (188) delle norme giuridiche: infatti, posto un rapporto di diretta proporzionalità fra il livello di strutturazione della fattispecie processuale e l'indice astratto di valutazione effettuato dall'ordinamento nei confronti della realtà sociale, l'inesistenza è una forma di invalidità più grave dell'abnormità, in quanto l'atto che ne è affetto si sottrae a tale valutazione per carenza dei suoi elementi identificativi (189).

Dunque l'abnormità, pur nella sua variegata casistica, ha nel tempo acquisito una fisionomia autonoma ed una propria disciplina; in virtù di ciò, sembra corretto affermare che il provvedimento abnorme non può essere al contempo dichiarato inesistente, e viceversa (190).

abnormi quei provvedimenti non previsti dalla legge perché considerati illegali, senza che peraltro essi per il concorso degli elementi minimi richiesti possano essere considerati inesistenti».

(187) Così CONSO G. – GREVI V., *Compendio di procedura penale*, 5ª ed., Padova, 2010, p. 276: «*l'inesistenza pone rimedio alla tassatività delle cause di nullità, l'abnormità alla tassatività oggettiva delle impugnazioni, rendendo ammissibile un autonomo ricorso per cassazione*». In manualistica è della medesima opinione CHIAVARIO M., *Diritto processuale penale*, 6ª ed., Torino, 2015, p. 332. Seppure favorevole alla distinzione concettuale fra le due categorie, si pone criticamente nei confronti di questa impostazione SANTALUCIA G., *L'Abnormità*, cit., p. 170. In effetti, muovendo dal presupposto della mancata proposizione nei termini del mezzo di impugnazione avverso la sentenza emessa dal giudice, esclusivamente in virtù del concetto di inesistenza si crea per la parte la possibilità – altrimenti negata – di contestare successivamente la decisione.

(188) Così CORDERO F., *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956, p. 32. Il pensiero dell'illustre A. è stato in seguito ripreso da PIERRO G., *Appunti*, cit., p. 332.

(189) Per un'ulteriore differenziazione fra i due istituti v. FORTUNA E. – DRAGONE S. – FASSONE E. – GIUSTOZZI R. – PIGNATELLI A., *Manuale pratico del nuovo processo penale*, 4ª ed., Padova, 1995, p. 325: mentre, infatti, l'inesistenza risponde all'esigenza di «*dogmatica dei concetti e degli istituti*», l'abnormità è rivolta precipuamente contro gli abusi giudiziari, in quanto «*risolve principalmente i problemi della pratica*».

(190) CANTONE R., *Puntualizzazioni sull'abnormità*, in *Cass. Pen.*, 1998, II, p. 1665: «*l'abnormità ha una sua autonomia quale patologia dell'atto processuale (...) ontologicamente distinta dalla nullità e dall'inesistenza*»; in argomento anche BATTAGLINI E., *Sentenza inesistente ed impugnazione*, cit., p. 318. *Contra* in passato FRISOLI P., *Incertezze giurisprudenziali*, cit., p. 798, per il quale in virtù dell'art. 111 Cost., la distinzione fra abnormità ed inesistenza «*non avrebbe ragione di essere*», nonché BARONE G., *Una significativa anticipazione giurisprudenziale della nuova disciplina del sequestro penale*, in *Cass. Pen.*, 1983, p. 1408.

Eppure, a dispetto della separazione concettuale generalmente assunta in dottrina, alcune pronunce giurisprudenziali hanno nel tempo erroneamente intersecato i due istituti (191).

Diretta espressione del fenomeno, tralasciando le iniziali e comprensibili oscillazioni interpretative (192), è rintracciabile nell'indirizzo che afferma la distinzione fra «*l'abnormità che causa la nullità*» e «*l'abnormità che causa l'inesistenza del provvedimento*» (193); ivi, il termine abnormità viene indebitamente utilizzato alla stregua di uno sterile contenitore di due distinti ed autonomi fenomeni.

Peraltro, il fondamento dogmatico di un tale approccio è rintracciabile nel pensiero di Del Pozzo, il quale, svalutando l'autonomia concettuale dell'abnormità, considerava l'inesistenza «*come una delle due categorie, logicamente costruibili, di provvedimenti abnormi*» (194).

Tale teoria aveva il pregio di esaltare «*l'evidentissimo collegamento*» (195) iniziale fra i due istituti, dovuto alla circostanza che nel contesto giuridico dell'epoca l'abnormità rappresentava un concetto fluido, ancora in fase di sviluppo (196); ma oggi, alla luce dei progressi scientifici effettuati (197), accomunare al concetto di inesistenza

(191) In via preliminare, merita particolare attenzione il seguente rilievo: il prototipo di sentenza abnorme sulla quale è stata sviluppata la teoria, ossia la sentenza che proscioglie l'imputato per intervenuta amnistia al contempo condannandolo al risarcimento dei danni, è stato progressivamente considerato un caso di inesistenza giuridica del provvedimento, in quanto ipotesi di difetto di giurisdizione del giudice penale (cfr. *retro* Cap. I, Sez. I, p. 9, nota 33). L'affermazione trova peraltro conforto nello stesso ALOISI U., *Manuale pratico*, cit., p. 46, il quale ammette che «*la decisione è talmente illegale, che potrebbe perfino essere considerata (...) inesistente*». Sul punto cfr. Cass. Pen., 16 aprile 1946, in *Giust. Pen.*, 1948, III, p. 76, che afferma in proposito l'inesistenza giuridica del provvedimento per «*difetto assoluto di attribuzione*». La delicata questione impone una riflessione sull'evoluzione del concetto di abnormità, sotto il profilo dello specifico vizio di potere posto in essere dal giudice penale. Vizio che, in virtù dei successivi contributi avutisi in materia ad opera della dottrina e della giurisprudenza, può essere ricondotto ad uno sviamento di potestà da parte del giudice, ovvero nell'esercizio distorto di un potere giurisdizionale astrattamente sussistente (ad ogni modo, v. per la ricostruzione a tutto tondo di tali passaggi quanto si osserverà in seguito).

(192) Sul punto TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 209.

(193) Cass. Pen., 23 maggio 1997, n. 5291, riportata da SANTALUCIA G., *L'abnormità*, cit., p. 171.

(194) DEL POZZO C. U., *Le impugnazioni penali*, cit., p. 230. Riprendendo le riflessioni già esposte *retro* Cap. I, Sez. I, p. 16, nota 63, si precisa che l'A., nonostante la graduale ammissione dell'istituto, è rimasto restio al completo riconoscimento dell'abnormità quale fenomeno autonomo. Ne è discesa una bipartizione casistica delle fattispecie, nei termini illustrati nel testo.

(195) L'espressione è di RAMACCI F., *Orientamenti della dottrina e della giurisprudenza in tema di cosiddetti provvedimenti abnormi*, in *Arch. Pen.*, 1964, II, p. 231.

(196) Come rilevato da FOSCHINI G., *La sentenza abnorme*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1950, p. 569, all'epoca la nozione di provvedimento abnorme era «*ancora allo stato grezzo*», stante la manifesta vaghezza del criterio distintivo.

(197) In giurisprudenza, sembra aver definitivamente chiarito la questione l'intervento a sezioni unite della Suprema Corte mediante Cass. Pen., 21 luglio 1997, Quarantelli, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 60.

quello dell'abnormità può essere tollerato al solo scopo «di esaltarne la macroscopicità» (198).

Delimitati i confini dell'abnormità nell'ambito della teoria delle invalidità, nel paragrafo seguente si procederà per gradi alla costruzione dogmatica dell'attuale nozione, mediante la disamina delle principali decisioni di legittimità avutesi sul fenomeno.

10. L'abnormità nell'analisi giurisprudenziale.

Come la nascita del concetto abnormità dell'atto processuale penale è stato il frutto dell'elaborazione giurisprudenziale, così anche lo sviluppo della categoria ha avuto massimo impulso nelle decisioni della Corte di Cassazione, avendo peraltro il legislatore rinunciato a disciplinare direttamente il fenomeno (199).

Nello specifico, a partire dagli anni '50, la giurisprudenza ha iniziato ad elaborare una nozione di provvedimento abnorme in grado di accomunare la casistica, per lo più circoscritta alle ipotesi di proscioglimento dell'imputato con contestuale condanna al risarcimento danni in favore della parte civile (200). Sono state dunque definite abnormi le sentenze che *«contengono nel dispositivo statuizioni che, pur essendo possibili nell'orbita del diritto obiettivo, tuttavia sono incompatibili con altre statuizioni del dispositivo medesimo»* (201).

Certo è che solo attraverso una profonda consapevolezza sistematica possono evitarsi in futuro altre imprevedibili oscillazioni interpretative sul piano concettuale; consapevolezza che, recentemente, è stata espressa da Cass. Pen., 15 giugno 2016, n. 24820, nonché da Cass. Pen., 8 giugno 2016, n. 23717: *«una lunga e diffusa elaborazione giurisprudenziale ha condotto, negli ultimi due decenni, ad un sempre più definito inquadramento dogmatico della categoria dell'abnormità, intesa quale vizio che connota in radice un provvedimento, senza però identificarsi nella sua nullità o inesistenza giuridica»*.

(198) SANTALUCIA G., *L'abnormità*, cit., p. 172.

(199) Cfr. ancora quanto osservato *retro* Cap. I, Sez. I, p. 29. Per BELLOCCHI A., *L'abnormità*, in *Trattato di procedura penale*, cit., p. 470, *«duplice è il motivo alla base di tale presa di posizione: per un verso, l'implicita ratifica dell'operato creativo della giurisprudenza durante il codice abrogato; per l'altro verso, la consapevolezza che la fluidità della materia sfugge a schemi classificatori»*.

(200) Come detto, la prima pronuncia avutasi risale a Cass. Pen., 20 Marzo 1933, Pres. Aloisi, cit., pp. 1829 – 1831, concernente un'ipotesi di proscioglimento per amnistia dell'imputato con contestuale condanna al pagamento di sanzioni pecuniarie a suo carico; v. anche, per un caso analogo, Cass. Pen., 12 novembre 1934, in *Giust. Pen.*, 1935, p. 81 ss.

(201) Cass. Pen., 3 giugno 1950, cit., p. 569; conforme Cass. Pen., 3 maggio 1954, Parlatore, in *Arch. Pen.*, 1956, p. 120.

Ma a seguito delle condivisibili critiche mosse in dottrina (202), tale ambigua nozione è stata in seguito abbandonata: a stretto rigore, infatti, dall'incompatibilità delle statuizioni immesse nel dispositivo discende la loro assoluta soppressione, con conseguente inesistenza giuridica della decisione emanata (203).

Oltretutto, il riconoscimento del vizio abnormità avutosi – di lì a poco – anche nei confronti delle ordinanze emanate nel corso del procedimento, rendeva la definizione riduttiva, in quanto ancorata alla sola casistica della sentenza abnorme (204).

Fallito il primo tentativo di inquadramento della categoria, la giurisprudenza ha iniziato a descrivere la fenomenologia facendo eminentemente leva sulla caratteristica strutturale dei provvedimenti abnormi: ne è discesa una nozione più malleabile, incentrata sull'imprevedibilità della decisione emanata nonché sulla singolarità del suo contenuto, in quanto «*contrastante con l'intero sistema organico della legge processuale*» (205).

Nel corso degli anni '60, inoltre, la Suprema Corte ha iniziato ad affermare, seppur genericamente, che la pronuncia giudiziale anomala non potesse essere nemmeno inquadrata «*nel potere di decisione dell'organo che l'ha emessa secondo l'ordinamento processuale penale*» (206).

Del pari, in relazione all'ampia casistica dei provvedimenti emanati nel corso del procedimento, veniva confermata l'opinione già avanzata in dottrina per cui essi (207), in ragione della loro abnormità, sfuggivano alla previsione dell'art. 200 c.p.p. del 1930,

(202) Come rilevato da FOSCHINI G., *La sentenza abnorme*, in *Studi sulle impugnazioni penali*, Milano, 1955, p. 8, «*in definitiva si cadrebbe nella ipotesi di mancanza di dispositivo e quindi di sentenze inesistenti e non già abnormi*». Successivamente, in argomento anche DI PALMA E. M. T., *Inesistenza giuridica: categoria estrema ma irrinunciabile*, in Cass. Pen., 1996, p. 2431. In giurisprudenza, ristabilisce la distinzione Cass. Pen., 30 aprile 1956, Zaggia, in *Arch. Pen.*, 1957, p. 464.

(203) Come visto, l'iniziale ambiguità della nozione giurisprudenziale di sentenza abnorme era dovuta alla sua stretta interconnessione con l'istituto dell'inesistenza, anche in considerazione del fatto che, vista la temporanea abolizione del paradigma delle nullità assolute da parte del codice di rito del 1930, il regime dell'inesistenza veniva applicato anche per ipotesi – invero – di mera nullità.

(204) *Retro* Cap. I, Sez. I, p. 17 ss.

(205) Così Cass. Pen., 11 aprile 1956, Zaggia, in *Giust. Pen.*, 1956, III, p. 396; conformi Cass. Pen., 30 aprile 1956, Zaggia, in *Arch. Pen.*, 1957, II, p. 463; Cass. Pen., 12 marzo 1957, in *Foro Pen.*, 1957, p. 189; Cass. Pen., 30 novembre 1957, in *Giust. Pen.*, 1958, III, p. 432; Cass. Pen., 26 maggio 1961, n. 1639, in *Arch. Pen.*, 1964, II, p. 298; Cass. Pen., 9 aprile 1962, Atzeni, in *Cass. Pen.*, 1962, p. 1137. In precedenza v. anche l'isolata Cass. Pen., 29 maggio 1950, in *Giust. Pen.*, 1950, III, p. 543.

(206) Inizialmente Cass. Pen., 22 settembre 1961, Atzeni, in *Cass. Pen.*, 1962, p. 267; in termini anche Cass. Pen., 23 maggio 1969, Bracci, in *Cass. Pen.*, 1970, p. 1218; Cass. Pen., 15 ottobre 1971, Gatti, in *Cass. Pen.*, 1973, p. 1973.

(207) Su cui principalmente FOSCHINI G., *Provvedimenti abnormi e loro impugnabilità*, cit., p. 745; ID., *La sentenza abnorme*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1950, p. 569.

potendo essere autonomamente impugnati con ricorso immediato per cassazione ex art. 111 Cost. in virtù della loro estraneità al sistema delineato in astratto dal legislatore (208).

Durante gli anni '70, a causa del numero sempre crescente di ricorsi strumentali proposti, i giudici di legittimità hanno più volte posto l'attenzione sulla natura di *extrema ratio* del rimedio, esperibile solo qualora il provvedimento non risultasse altrimenti contestabile (209).

La giurisprudenza è così giunta, per successivi gradi di approssimazione, ad una complessiva descrizione del fenomeno (210), i cui tratti distintivi finora delineati sono rimasti invariati nonostante il passaggio dal vecchio all'attuale codice di rito (211).

Ad ogni modo, nel diverso impianto codicistico sono proliferate le ipotesi di provvedimento abnorme, per numero e tipologia (212); l'evenienza ha reso indispensabile un intervento chiarificatore delle sezioni unite, avvenuto nel 1997, le

(208) In argomento Cass. Pen., 20 gennaio 1978, D'Ascanio, in Cass. Pen., 1979, p. 616, la quale soggiunge altresì che «*la sua impugnabilità deriva proprio dal mancato rispetto delle norme generali o particolari che ne regolano la disciplina*»; v. anche Cass. Pen., 10 novembre 1976, Santi, nonché Cass. Pen., 17 febbraio 1978, entrambe in Cass. Pen., 1978, p. 1400; Cass. Pen., 22 maggio 1973, Pensa, in Cass. Pen., 1975, p. 612; Cass. Pen., 7 ottobre 1963, Marucci, in Cass. Pen., 1964, p. 346; Cass. Pen., 6 dicembre 1963, Marucci, in Cass. Pen., 1964, p. 1092; Cass. Pen., 9 aprile 1963, Nobile, in Cass. Pen., 1963, p. 911. Sulla questione si rinvia inoltre all'ampia disamina giurisprudenziale effettuata da CALDERONE R. C., in Cass. Pen., 1975, pp. 613 – 614.

(209) La puntualizzazione è di Cass. Pen., 4 luglio 1967, Nobile, in Cass. Pen., 1968, p. 1427, per cui i presupposti applicativi del rimedio sono due: «*l'incompatibilità del provvedimento con il nostro ordinamento giuridico processuale e l'impossibilità di eliminare con mezzi diversi dall'impugnazione l'anomalia*»; successivamente v. Cass. Pen., 22 febbraio 1971, in Cass. Pen., 1972, p. 927; Cass. Pen., 23 novembre 1970, in Cass. Pen., 1971, p. 1694; Cass. Pen., 28 febbraio 1970, Longobardi, in Cass. Pen., 1971, p. 639; Cass. Pen., 26 ottobre 1970, Notarangelo, in Cass. Pen., 1971, p. 1399; Cass. Pen., 23 ottobre 1970, Nicoluzzi *et alia*, in Mass. Uff., 1970, p. 1121.

(210) Cass. Pen., 12 febbraio 1980, Barbetta, in Cass. Pen., 1981, p. 1278: «*è abnorme il provvedimento che si sostanzia in una pronuncia che, per la singolarità e la stranezza del suo contenuto, sta al di fuori non solo delle norme legislative, ma anche dell'intero ordinamento processuale, per cui non rientra nei poteri dell'organo decidente; cosicché, non essendo previsto contro di esso un espresso rimedio, si rende necessario il ricorso alla Corte Suprema per rimuovere una situazione processuale altrimenti insanabile*». In termini Cass. Pen., 22 giugno 1992, Zinno, in Cass. Pen., 1994, I, p. 950; Cass. Pen., 10 settembre 1991, Barberi, in Giust. Pen., 1992, III, p. 238; Cass. Pen., 11 gennaio 1991, Agnolucci *et alia*, in Cass. Pen., 1991, II, p. 251; Cass. Pen., 16 gennaio 1986, Minore, in Cass. Pen., 1987, p. 2144; Cass. Pen., 15 ottobre 1982, Spinelli, e Cass. Pen., 17 febbraio 1983, Saccà, entrambe in Cass. Pen., 1984, p. 578; Cass. Pen., 18 dicembre 1981, Di Palma, e Cass. Pen., 12 gennaio 1982, Adragna, entrambe in Cass. Pen., 1983, p. 326; Cass. Pen., 18 dicembre 1981, Grappone, in Cass. Pen., 1983, p. 654.

(211) La riflessione è di BELLOCCHI A., *L'abnormità*, cit., p. 478. Cfr. anche VALENTINI C., *Vecchio e nuovo: a) il principio di tassatività delle impugnazioni e i provvedimenti abnormi*, in *Le impugnazioni penali*, diretto da GAITO A., Torino, 1998, pp. 199 – 206.

(212) Per MORELLO M., *Il nuovo processo penale. Parte generale*, Padova, 2000, p. 779, l'abnormità riprende vigore principalmente in ragione dell'abrogazione dell'istituto del conflitto fra giudice e PM, in quanto non è più rintracciabile nell'ordinamento processuale un rimedio avverso le situazioni di stallo dovute all'indebita interferenza fra tali soggetti.

quali hanno distinto per la prima volta il duplice aspetto del vizio. È stato infatti affermato che l'abnormità sussiste ogni volta che il giudice, in difetto di potere (213):

a) emana una decisione che, *«per la singolarità e stranezza del contenuto, risulti avulsa dall'intero ordinamento processuale»* (214);

b) emette un provvedimento che *«si espliciti al di fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, al di là di ogni ragionevole limite»* (215).

Dunque, la giurisprudenza ha inteso condensare le caratteristiche del provvedimento abnorme sia sotto il profilo strutturale, ovvero quando la decisione finale si pone al di fuori del sistema organico della legge processuale, sia sotto il profilo funzionale, ovvero quando il provvedimento interinale, seppur compatibile col sistema normativo, è piegato in concreto per scopi estranei ai suoi presupposti.

Peraltro, un aspetto sintomatico dell'abnormità funzionale continuava ad essere ravvisato nella stasi irreversibile o regressione anomala del processo ad una fase anteriore (216).

Tale nozione di provvedimento abnorme, intenzionalmente duttile e malleabile (217), ha consentito alla giurisprudenza di enucleare nuove ipotesi di vizio nella

(213) Sullo declinazione dello specifico vizio di potere implicante abnormità, per ora solo acriticamente indicato come «difetto di potere» v. a breve nel testo.

(214) Cass. Pen., 10 dicembre 1997, Di Battista, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 1607.

(215) Ancora Cass. Pen., 10 dicembre 1997, cit., p. 1607.

(216) Peraltro, la massima di stile della sentenza in analisi è stata confermata da successivi interventi delle sezioni unite, pur nell'eterogeneità delle singole fattispecie sottostanti: cfr. Cass. Pen., 26 giugno 2008, Corna, in *Guida Dir.*, 2008, 42, p. 88; Cass. Pen., 20 dicembre 2007, n. 5307 e Cass. Pen., 29 novembre 2007, n.7208, entrambe in *Cass. Pen.*, 2008, p. 2310, con nota di PISTORELLI L., *Imputazione generica o indeterminata e poteri del giudice dell'udienza preliminare nell'interpretazione delle sezioni unite della corte di cassazione*; ivi, p. 2327, con nota di MARINELLI C., *La genericità o indeterminatezza dell'imputazione nella fase dell'udienza preliminare*; nonché in *Riv. It. Dir. Pen.*, 2008, II, p. 1363, con nota di MAZZA O., *Imputazione e nuovi poteri del giudice dell'udienza preliminare*; Cass. Pen., 31 maggio 2005, n. 22909, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 974, con nota di CASSIBBA F., *Sui poteri del GIP ex art. 409 commi 4 e 5 c.p.p.*; ivi, 2006, p. 974, con nota di MACRILLO A., *Provvedimenti abnormi e limiti al potere di controllo del GIP in materia di archiviazione*; nonché in *Riv. It. Dir. Pen.*, 2005, I, p. 787, con nota di CIAVOLA A., *I poteri del GIP in seguito al controllo della richiesta di archiviazione*; Cass. Pen., 29 maggio 2002, n. 28807, in *Cass. Pen.*, 2003, p. 2386, con nota di POTETTI D., *Nullità della citazione a giudizio e principio di regressione del procedimento*.

(217) SANTALUCIA G., *L'abnormità*, cit., p. 1, rileva *«lo scollamento della definizione generalmente accolta di atto abnorme dalle applicazioni casistiche, che ne tradiscono per consistenza quantitativa ed eterogeneità, anche contraddittoria, di soluzioni, la rilevante insufficienza regolatrice»*; v. anche BELLOCCHI A., *L'atto abnorme*, cit., p. 258, il quale osserva a conclusione della sua opera monografica come *«la giurisprudenza si sia avvalsa dell'estrema latitudine del concetto per utilizzare il vizio atipico, come strumento idoneo a risolvere impasses processuali non necessariamente riconducibili alla funzione originaria»*. In passato BOSCHI M., *In tema di provvedimenti abnormi*, in *Foro It.*, 1965, II, p. 322, aveva auspicato non a caso che *«tali formule siano ancorate a dati concreti che ne puntualizzino la portata, in modo da evitare pericolose generalizzazioni ed erronee implicazioni»*.

costante riaffermazione della massima di stile sopra esposta (218); viceversa, una definizione maggiormente restrittiva avrebbe necessitato di continue rimodulazioni, col rischio di escludere dal raggio di azione del rimedio altre fattispecie parimenti bisognose di tutela.

Eppure, tale scelta dogmatica si è nel tempo rivelata arma a doppio taglio: in effetti, la duttilità della nozione paga il prezzo di una scarsità di elementi diagnostici utilizzabili in concreto dall'interprete (219), con il rischio di far schizzare le ipotesi di abnormità ed aprire il campo agli abusi (220).

Sotto questa prospettiva, nel tempo ha assunto particolare rilevanza la tendenza della Suprema Corte ad identificare il vizio di abnormità nella regressione indebita del procedimento ad una fase anteriore (221).

Chiarendo il discorso con un esempio emblematico, secondo un battuto orientamento giurisprudenziale (222) doveva considerarsi abnorme il provvedimento con cui il giudice del dibattimento, dichiarata erroneamente la nullità del decreto di citazione a giudizio, disponesse la restituzione degli atti al PM, con conseguente regressione del procedimento alla fase delle indagini preliminari.

(218) Secondo SANTALUCIA G., *L'abnormità*, cit., p. 35, considerato il vistoso incremento delle istanze di dichiarazione dell'abnormità, «non si rinuncia ad un consistente grado di duttilità, che possa conservare nelle occasioni future un forte margine di libertà decisoria». Per ANGELETTI R., *L'abnormità dell'atto*, in *Le invalidità in generale delle prove e dei mezzi di prova*, Torino, 2005, p. 156, la dimostrazione di abnormità si identifica in un «sindacato di c.d. sondaggio».

(219) Pressoché testualmente ancora SANTALUCIA G., *L'abnormità*, cit., p. 33; sul punto anche VERRINA G. L., *Principio di tassatività delle impugnazioni*, cit., p. 562.

(220) Scettica nei confronti delle possibili derive dell'operato giurisprudenziale anche ROMANO A. M., *Declaratoria di nullità della richiesta di rinvia a giudizio, un problema di abnormità*, in *Giur. It.*, 1993, II, p. 704; CANTONE G., *Puntualizzazioni sull'abnormità*, cit., p. 3077 ss. Cfr. SANTANGELO F., *Il concetto di atto abnorme come tutela degli atti extra vagantes*, in *Crit. Dir.*, 1991, p. 27.

(221) Nel tempo, non poche decisioni hanno ampliato l'area dell'abnormità al mero fine di rendere possibile uno strumento impugnatorio altrimenti inapplicabile. La matrice di un tale indirizzo è rintracciabile nella giurisprudenza di legittimità formatasi sul vecchio codice di rito del 1930, ove peraltro le ipotesi di abnormità c.d. funzionale erano limitate: per riferimenti v. Cass. Pen., 17 febbraio 1978, Nappa, in *Cass. Pen.*, 1980, p. 116; Cass. Pen., 10 maggio 1974, Milone, in *Cass. Pen.*, 1975, p. 1172; Cass. Pen., 24 giugno 1969, Filetti, in *Cass. Pen.*, 1971, p. 327.

(222) Espressione di questa concezione sono state Cass. Pen., 4 maggio 2007, n. 26528; Cass. Pen., 3 aprile 2007, n. 16836; Cass. Pen., 13 gennaio 2006, n. 6921. *Contra* Cass. Pen., 4 dicembre 2008, n. 3716; Cass. Pen., 28 maggio 2008, n. 26770 (tutte le decisioni sono reperibili in www.italjure.giustizia.it). V. anche Cass. Pen., 13 aprile 2005, n. 16395, in *Giur. It.*, 2006, II, p. 1939, con nota adesiva di BELLOCCHI A., *Si amplia il catalogo dell'abnormità: l'indebita restituzione degli atti al PM per la rinnovazione del decreto di citazione a giudizio*.

Proprio su tale questione, nel 2009 sono nuovamente intervenute le sezioni unite della Suprema Corte (223), le quali, oltre a risolvere sul piano concreto il contrasto – nel senso della non abnormità del provvedimento –, hanno cercato per via esegetica di raffinare ulteriormente la categoria, seppur refrattaria per natura a rigide demarcazioni concettuali (224).

In particolare, riconfermata la nozione tradizionale di abnormità strutturale (225), i giudici di legittimità hanno affermato che, dal punto di vista funzionale, l'abnormità non può mai discendere dall'esercizio da parte del giudice di poteri espressamente riconosciuti o attribuiti dalla legge, pur quando illegittimamente esercitati (226).

In tali fattispecie, infatti, il provvedimento è invalido ma non si configura come estraneo al sistema. Per questa via, si è quindi escluso che l'abnormità possa essere unicamente determinata sulla scorta dell'effetto regressivo che il provvedimento emanato comporta.

Dunque, in armonia con i principi da ultimo espressi dalla Suprema Corte, è possibile ricavare la seguente esemplificazione.

(223) Cass. Pen., 22 giugno 2009, n. 25957, *Cass. Pen.*, 2009, p. 4554. La sentenza è stata positivamente accolta in dottrina. In particolare BELLOCCHI A., *L'atto abnorme*, cit., p. 210 ss.; MARANDOLA A., *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2012, p. 1057; TODARO G., *Erronea declaratoria di nullità del decreto di citazione a giudizio e conseguente regressione del procedimento*, cit., p. 4554.

(224) Pressoché testualmente TODARO G., *Erronea declaratoria di nullità del decreto di citazione a giudizio*, cit. p. 4554, il quale soggiunge altresì che «i profili da trattare - quello generale, relativo alla determinazione del concetto di abnormità e quello specifico inerente alla questione devoluta alla Corte - sono indissolubilmente connessi, posto che se l'individuazione degli ambiti operativi della categoria è operazione preliminare per la corretta decisione del caso concreto, la soluzione dello specifico problema, a sua volta, contribuisce a meglio comprendere gli elementi costitutivi dell'atto abnorme». Nello stesso senso CAIANIELLO M., *Sulla abnormità della sentenza emessa dal giudice collegiale senza ritirarsi in camera di consiglio*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 3964.

(225) Recentemente sulla questione, v. in dottrina BELFIORE R., *Domanda di oblazione contestuale all'opposizione a decreto penale di condanna e proscioglimento immediato*, in *Cass. Pen.*, 2015, 9, p. 3096, nonché APRILE E., *Osservazioni a C. Cost.*, n. 14, 9 febbraio 2015, in *Cass. Pen.*, 2015, 5, p. 1862.

(226) V. ancora Cass. Pen., 22 giugno 2009, n. 25957, cit. In altri termini, per CABIALE A., *Una interessante pronuncia su abnormità e diniego della richiesta di giudizio abbreviato semplice*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 Gennaio 2014, «non comporterebbe tuttavia abnormità l'errore nel compimento dell'atto, conseguente all'erronea interpretazione dei suoi presupposti; in tal caso, infatti, l'atto è comunque espressivo di un potere conferito al giudice dalla legge, seppur erroneamente applicato».

a) Se il GUP (227) rigetta per ragioni di merito la richiesta di rito abbreviato semplice proposta dall'imputato, rinviando gli atti al giudice del dibattimento, il provvedimento è invalido, determina uno stallo irreparabile ed è altresì abnorme (228).

Infatti il giudice non è chiamato ad effettuare alcuna valutazione discrezionale sulla concessione del rito alternativo, dovendosi limitare ad un mero controllo formale circa la sussistenza dei requisiti di ammissibilità della richiesta, quali il termine di decadenza, la legittimazione del proponente, nonché il rilascio della procura speciale se l'istante sia diverso dall'imputato (229).

Nello specifico, dunque, a causa dell'esercizio di un potere non consentito dalla legge in relazione agli scopi che essa stessa aveva prefissato, si verifica una divergenza arbitraria dal modello comportamentale inderogabile indicato dall'art. 438, co. 4, c.p.p. vigente, comportante l'abnormità del provvedimento emanato (230).

b) Se il giudice del dibattimento dichiara la nullità del decreto di citazione a giudizio fuori dalle ipotesi previste, il provvedimento è illegittimo ma non abnorme (231), in quanto emesso nell'esercizio di un potere consentito (232) e comunque non comportante uno stallo irreparabile del procedimento (233).

(227) Mentre è controversa l'abnormità quando a rigettare la richiesta semplice sia il GIP: favorevole, ad es., Cass. Pen., 11 novembre 2000, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 2744. *Contra* Cass. Pen., 20 settembre 2002, in *Arch. nuova Proc. Pen.*, 2003, p. 298, secondo la quale il provvedimento è illegittimo ma non abnorme. Alla luce di Cass. Pen., 26 marzo 2009, cit., sembra corretta la seconda impostazione, in quanto lo stallo è superabile con la proposizione di un apposito conflitto di competenza ai sensi dell'art. 28 c.p.p. Sul punto già ZIGNANI D., *Diniego del giudizio abbreviato: tra abnormità e conflitto di competenza*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2003, II, p. 988.

(228) Così Cass. Pen., 12 gennaio 2000, in *Riv. Pen.*, 2000, p. 616. Sul tema PUGLISI R., *Quali rimedi contro l'illegittimo diniego di giudizio abbreviato non condizionato?*, in *Proc. Pen. e Giust.*, 2014, IV, p. 7; ZIGNANI D., *Diniego del giudizio abbreviato*, cit., p. 988; ROCCHI D., *Il giudizio abbreviato c.d. incondizionato e la patologia che affligge il provvedimento negatorio del giudice*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, p. 566; BRICCHETTI R., *L'eventuale celebrazione del rito speciale spetterà poi al giudice del dibattimento*, in *Guida Dir.*, 2003, 22, p. 70; MASSARI V., *Illegittimo rifiuto di celebrare il giudizio abbreviato: quali rimedi?*, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 2803. *Contra* ZACCHÉ F., *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2004, p. 98. Più sfumata l'impostazione di BRUNO O., *L'ammissibilità del giudizio abbreviato*, Padova, 2007, p. 255, per la quale a seconda dei casi il provvedimento può essere qualificato come abnorme ovvero nullo.

(229) Arg. ex art. 438, co. 4, c.p.p. vigente. Concorde la dottrina nel ritenere atto dovuto del giudice la concessione del giudizio abbreviato incondizionato, ferma la sussistenza dei presupposti di ammissibilità della richiesta. Per riferimenti essenziali v. BELLOCCHI A., *L'abnormità*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da SPANGHER G., II, Torino, 2008, p. 483 ss.; PISTORELLI L. – BRICCHETTI R., *Giudizio abbreviato*, in *Ibidem*, IV, Torino, 2008, p. 202; MAFFEO V., *Il giudizio abbreviato*, Napoli, 2004, spec. p. 257.

(230) Cfr. ancora BELLOCCHI A., *L'atto abnorme*, cit., p. 27.

(231) Conformi in seguito Cass. Pen., 27 aprile 2015 n. 27027; Cass. Pen., 5 novembre 2014, n. 52255; Cass. Pen., 8 maggio 2014, n. 25810; Cass. Pen., 6 febbraio 2014, n. 7377; Cass. Pen., 9 aprile 2013, n. 51402; Cass. Pen., 14 novembre 2013, n. 48830; Cass. Pen., 9 febbraio 2010, n. 7088; Cass. Pen., 21 gennaio 2010 n. 13531; Cass. Pen., 22 giugno 2009, n. 25957, in *Giur. It.*, 2010, p. 1426, con

Ad ogni modo, l'argine dogmatico ricostruito in via esegetica non deve illudere circa la riconduzione ad omogeneità delle tipologie di provvedimento abnorme (234), essendo solo concesso poter affermare che la maggioranza delle ipotesi di abnormità concernono derive patologiche della ripartizione funzionale dei poteri fra pubblica accusa ed organo giudicante (235).

nota favorevole di ANGELONI C. Viceversa, la Corte ritiene abnorme l'ordinanza con cui il giudice del dibattimento, errando, restituisce gli atti al GUP per ritenuta omessa notificazione del decreto che dispone il giudizio al difensore dell'imputato, in quanto l'ordinamento non riconoscerebbe in tali casi alcun potere di restituzione degli atti al giudice della fase precedente (così Cass. Pen., 24 ottobre 2013, n. 43563).

(232) Diverse pronunce, dopo l'intervento delle sezioni unite nel 2009, hanno escluso la sussistenza del vizio di abnormità proprio incentrando le argomentazioni sull'astratta sussistenza, in capo al giudice, del potere di emanare un dato provvedimento, seppure travisandone i relativi presupposti in violazione di legge. A tal proposito, fra le molte: Cass. Pen., 11 giugno 2015, n. 26241 e Cass. Pen., 14 maggio 2014, n. 2263, per cui non è abnorme la dichiarazione di nullità del decreto di citazione a giudizio per omessa traduzione nella lingua conosciuta dall'imputato, con conseguente restituzione degli atti al PM; Cass. Pen., 13 giugno 2014, n. 46134, per cui non è abnorme l'ordinanza con cui il giudice del dibattimento, rilevata la diversità del fatto rispetto a quello contestato, dispone la trasmissione degli atti al PM senza averlo preventivamente sollecitato la modifica o l'integrazione del capo di imputazione; Cass. Pen., 9 ottobre 2014, n. 44952, per cui non è abnorme la sentenza di non luogo a procedere con cui il GUP, verificata la sussistenza di un reato connesso ed avendo emesso ordinanza di invito al PM per la modifica dell'imputazione, ha restituito gli atti allo stesso per mancata modifica del capo di accusa; Cass. Pen., 10 giugno 2014, n. 37658, per cui non è abnorme il provvedimento con cui il GIP accoglie l'opposizione all'archiviazione avanzata della persona offesa, con ordine al PM di iscrivere nel registro delle notizie di reato una diversa ipotesi criminosa; Cass. Pen., 11 novembre 2014, n. 5924, per cui non è abnorme il provvedimento con il quale il GIP, in sede di archiviazione per essere rimasti ignoti gli autori di un determinato reato, ordina l'iscrizione nel registro degli indagati di un soggetto al quale attribuisce la commissione di un diverso reato; Cass. Pen., 8 gennaio 2014, n. 2325, per cui non è abnorme il rinvio a giudizio emesso dal GUP nonostante l'avvenuta estinzione del reato; Cass. Pen., 12 aprile 2013, n. 35228, per cui non è abnorme il provvedimento con cui il GIP rigetta erroneamente una richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti di indagato in stato di custodia cautelare; Cass. Pen., 12 ottobre 2010, n. 42238, per cui non è abnorme il provvedimento con cui il giudice di pace, investito della richiesta di archiviazione per particolare tenuità del fatto, dispone la restituzione degli atti al PM; Cass. Pen., 25 marzo 2010, n. 18540 e Cass. Pen., 5 marzo 2010, n. 15652, per cui non è abnorme il provvedimento con il quale il GIP dichiara inammissibile la richiesta di proroga delle indagini avanzata dal PM senza la preventiva fissazione della relativa udienza di trattazione in camera di consiglio; Cass. Pen., 25 marzo 2010, n. 17198, per cui non è abnorme l'ordinanza con cui il giudice del dibattimento dichiara erroneamente la nullità dell'imputazione per genericità della contestazione, ordinando la restituzione degli atti al PM.

(233) A tal fine, infatti, *l'impasse* è superabile mediante nuova notifica del PM all'imputato.

(234) VERRINA G. L., *Principio di tassatività delle impugnazioni, provvedimenti abnormi e ricorso per cassazione*, in *Giur. It.*, 2003, I, p. 562, obietta che le definizioni fornite dalla giurisprudenza continuano ad essere «*generiche e tautologiche*».

(235) Esula dalle prospettive di questo studio – incentrato sulla comparazione dogmatica della nozione di abnormità fra processo penale e processo civile – l'analisi della casistica delle singole fattispecie di provvedimento abnorme. Sembra ad ogni modo indispensabile tratteggiarne i contorni in via esemplificativa, limitando l'analisi alle decisioni emanate dopo l'intervento delle sezioni unite nel 2009. Sotto questa direzione, l'abnormità è stata dichiarata dalla Suprema Corte nelle seguenti eterogenee ipotesi, le quali, stando alle motivazioni fornite dalle decisioni, sono accomunate se non altro per la mancanza di potere in capo al giudice nell'emanazione del provvedimento, costituente sviamento dalle sue funzioni istituzionali previste per legge: Cass. Pen., 16 settembre 2015, n. 40308, sull'abnormità del provvedimento con cui il GIP, accolta la richiesta di archiviazione nei confronti dell'indagato, ordina l'iscrizione di quest'ultimo per reati diversi, assegnando al PM un termine per lo svolgimento delle nuove indagini; Cass. Pen., 19 maggio 2015, n. 35744 e Cass. Pen., 9 luglio 2013, n. 42161, sull'abnormità

Inoltre, secondo un indirizzo giurisprudenziale, avallato da una parte della dottrina, in eccezionali ipotesi anche l'atto del PM può essere qualificato abnorme, e per la precisione quando egli, usurpando le funzioni del giudice, pone in essere atti propriamente giurisdizionali (236).

dell'ordinanza di restituzione degli atti al PM per l'integrazione del capo di imputazione, senza previo invito a precisare la contestazione; Cass. Pen., 21 maggio 2012, n. 28982, per cui è abnorme il provvedimento con cui il GIP, dopo aver disposto la misura cautelare degli arresti domiciliari, demandi al PM l'individuazione della struttura ove la misura debba eseguirsi; Cass. Pen., 11 novembre 2014, n. 46422, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2015, 1, con nota a cura di MARANDOLA A., la quale ha dichiarato l'abnormità del provvedimento con cui il GIP aveva ordinato di formulare l'imputazione nei confronti di un soggetto non ancora iscritto nel registro degli indagati; Cass. Pen., 19 giugno 2014, n. 46135, per cui è abnorme il provvedimento con cui il GIP, rigettando la richiesta di archiviazione presentata dal PM in un procedimento contro ignoti, dispone l'iscrizione nel registro degli indagati di un soggetto da lui individuato, ordinando al contempo la formulazione dell'imputazione nei suoi confronti; Cass. Pen., 22 ottobre 2014, n. 45126, la quale ha considerato abnorme l'ordinanza del Tribunale monocratico con cui si è dichiarata la nullità del decreto di citazione a giudizio emesso dietro ordine di imputazione coatta, sull'erroneo presupposto che tale atto dovesse essere preceduto dall'avviso di conclusione delle indagini preliminari; Cass. Pen., 20 ottobre 2014, n. 43592, per cui è abnorme il provvedimento con cui il GIP dispone la trasmissione al PM della richiesta di liquidazione delle spese di custodia di beni sottoposti a sequestro dopo l'avvenuta archiviazione del procedimento; Cass. Pen., 14 maggio 2014, n. 28512, sull'abnormità del provvedimento con cui il giudice del dibattimento, nel corso dell'esame testimoniale, dichiara d'ufficio la nullità del decreto di citazione a giudizio, disponendo la restituzione degli atti al PM; Cass. Pen., 6 marzo 2014, n. 24377, per cui è abnorme l'ordinanza del giudice dibattimentale di restituzione degli atti al PM per la riformulazione dell'imputazione dovuta all'emersione di un fatto di reato concorrente, omettendo di decidere sull'imputazione originariamente contestata; Cass. Pen., 6 febbraio 2014, n. 7376, sull'abnormità del provvedimento con il quale il giudice di pace, dopo l'archiviazione del procedimento ed a fronte di una richiesta di restituzione delle cose sequestrate, disponga la restituzione degli atti al PM anziché provvedere ex art. 676, co. 1, c.p.p.; Cass. Pen., 10 ottobre 2013 n. 45185, per cui è abnorme il provvedimento con il quale il giudice di pace, in sede di archiviazione, impone al PM la formulazione di un capo di imputazione per un reato estraneo alla propria competenza; Cass. Pen., 23 ottobre 2012, n. 41393, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2013, 4, p. 452, con nota di STELLIN M., circa l'abnormità del provvedimento di revoca, da parte del GIP, del decreto di archiviazione emesso *inaudita altera parte* e trasmessogli dal PM a seguito dell'opposizione effettuata ex art. 410 c.p.p. vigente; Cass. Pen., 27 ottobre 2010, n. 38134, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2011, 11, p. 1386, con nota di FOCI V. G., la quale ha dichiarato l'abnormità del provvedimento con cui il giudice del dibattimento, a seguito dell'opposizione dell'imputato al decreto di condanna emanato, restituisca gli atti del processo al GIP disponendo l'integrazione degli accertamenti; Cass. Pen., 22 settembre 2010, n. 38578, sull'abnormità del provvedimento con cui il Tribunale monocratico disponga erroneamente la restituzione degli atti al PM dopo che lo stesso aveva effettuato un arresto in flagranza al fine di instaurare il giudizio direttissimo ex art. 14, co. 5 *quinquies*, d.lgs 286/1998. Per il passato, in ordine di progressiva stratificazione temporale, si rinvia alle esemplificazioni fornite da PETRELLA G., *Le impugnazioni nel processo penale*, cit. p. 107 ss.; MORELLO M., *Il nuovo processo penale*, cit., p. 780 ss.; CATALANO M., *Il concetto di abnormità*, cit. p. 1241 ss.; GIALUZ M., *sub art. 568*, in *Codice di procedura penale commentato*, cit. p. 6972 ss.; CAPONE A., *Per una dogmatica dell'abnormità*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, I, pp. 71 – 73.

(236) V. Cass. Pen., 25 febbraio 2003, Sicali, in *Mass. Uff.*, n. 224755; Cass. Pen., 6 aprile 2000, Battistella *et alia*, in *Mass. Uff.*, n. 220539; Cass. Pen., 11 dicembre 1995, Esposito, in *Cass. Pen.*, 1997, p. 3087; Cass. Pen., 29 settembre 1994, Cascio, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 182; nonché, in motivazione, Cass. Pen., 20 novembre 2012, n. 46250. In dottrina v. BELLOCCHI A., *L'atto abnorme*, cit., p. 69 ss.; SANTALUCIA G., *L'abnormità*, cit., p. 76 ss.; VALENTINI C., *I profili generali della facoltà di impugnare*, cit., p. 205; CANTONE R., *Note minime a proposito del provvedimento abnorme*, cit., p. 190; TONINI P., *Manuale di procedura penale*, cit., p. 789; LOZZI G., *I provvedimenti impugnabili dal PM*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, II, Milano, 1965, p. 177; SIRACUSANO D., *Abnormità e ricorribilità per cassazione dei provvedimenti giurisdizionali del PM*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1963, p. 323. *Contra* IASEVOLI C., voce *Abnormità*, cit., p. 9; ZIGNANI D., *Sulla nozione di abnormità*, cit., p. 260 ss.; NEVOLI

11. Lo sviamento dalla funzione giurisdizionale quale nucleo irriducibile del provvedimento abnorme.

A fronte dell'analisi finora effettuata, può dunque concludersi nel senso che l'abnormità, in via di principio, si annida in tutti quei provvedimenti che, connotati da un esercizio distorto del potere giurisdizionale, sono inconciliabili con i principi organici del sistema processuale ed al contempo ineliminabili mediante la strumentazione predisposta dal legislatore (237).

Sotto questo punto di vista, il regresso del procedimento ad una fase anteriore, come quella delle indagini preliminari, non rappresenta condizione autosufficiente per la sussistenza del vizio, in quanto deve essere effettuata una distinzione – a parte le ipotesi di regresso tipico consentito dalla legge – fra regresso illegittimo e regresso fonte di abnormità (238).

F., voce *Abnormità*, cit., p. 11. In giurisprudenza Cass. Pen., 11 luglio 2001, n. 25, secondo cui i provvedimenti del PM, in quanto «*provenienti da una parte processuale, non hanno natura giurisdizionale e, come tali, non possono essere inquadrati nella categoria degli atti abnormi, quale che è il tasso della loro patologia*»; conforme Cass. Pen., 20 ottobre 2014, n. 43592, Cass. Pen., 12 ottobre 2011, n. 36768, nonché Cass. Pen., 29 gennaio 2010, n. 4040.

(237) Focalizzano in particolare l'attenzione sul ruolo di *extrema ratio* dell'istituto ZIGNANI D., *Diniego del giudizio abbreviato*, cit., p. 985; CATALANO M., *Il concetto*, cit., p. 1247. Dunque, il rimedio è escluso nei confronti di ogni situazione illegittima ma altrimenti risolvibile. Situazioni che CORDERO F., *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1961, p. 680 ss., con la consueta sagacia, riconduce al concetto di vizio innocuo del provvedimento. Sul punto in giurisprudenza Cass. Pen., 3 ottobre 2012, n. 40081.

(238) Secondo CAPONE A., *Per una dogmatica dell'abnormità*, cit., p. 77, l'impostazione suggerita dalle sezioni unite è stata criticata da una «*nutrita giurisprudenza*», la quale continua a ravvisare nella regressione del procedimento una «*autonoma fattispecie lesiva*» comportante abnormità. Sembrano tuttavia isolate le pronunce che non condividono tale indirizzo ermeneutico: così Cass. Pen., 31 ottobre 2014, n. 45126; Cass. Pen., 28 gennaio 2014, n. 3742; Cass. Pen., 7 giugno 2011, n. 22499. Viceversa, l'ulteriore giurisprudenza citata dall'A., senza entrare nel merito delle decisioni, muove unanime dal presupposto di diritto enucleato proprio dalle sopracitate sezioni unite: così Cass. Pen., 3 dicembre 2014, n. 50679, la quale afferma in motivazione che la decisione emanata «*non si pone affatto in contrasto con quanto poi affermato dalle Sezioni unite di questa Corte nella sentenza n. 25957 del 2009, proprio perché il discrimen è rappresentato dalla ontologica differenza che caratterizza l'errore nella indicazione delle generalità - non causa di nullità, in quanto assoggettabile alla emenda del procedimento di correzione dell'errore materiale, e come tale estraneo al potere caducatorio del giudice - e la incertezza sulla identità fisica dell'imputato, che invece può in ipotesi coinvolgere la ritualità della translatio iudicii*», ovvero, in altri termini, giustifica la propria decisione muovendo dal presupposto che fonte dell'indebita regressione del procedimento non sia stato l'esercizio di un potere di cui il giudice non disponeva; Cass. Pen., 26 settembre 2014, n. 39931, la quale, in un'ipotesi di rilievo ufficioso di una nullità relativa invero già sanata a seguito dell'apertura della fase dibattimentale, fa leva sul concreto «*sviamento di potere*» del giudice, comportante peraltro indebita regressione del procedimento, per annullare senza rinvio il provvedimento abnorme impugnato; Cass. Pen., 23 settembre 2014, n. 38793, la quale dichiara l'abnormità del provvedimento comportante una stasi irreversibile del procedimento, proprio muovendo espressamente dall'insegnamento delle sezioni unite n. 25957 del 2009; Cass. Pen., 24

Più distesamente, nel caso di represso meramente illegittimo il giudice non ha correttamente esercitato il potere di cui disponeva; viceversa, il regresso del procedimento rivela la natura abnorme del provvedimento emanato quando lo stesso è stato compiuto in carenza di potere ed il vizio non risulta altrimenti emendabile (239).

Peraltro, l'analisi giurisprudenziale condotta permette di affrontare *funditus* una questione di rilevante importanza: quale debba essere, a prescindere dall'aspetto strutturale o funzionale (240), l'entità del vizio di potere del giudice affinché la patologia insita nel provvedimento sia connotata dai caratteri dell'abnormità. In altre parole, riempire di significato il riferimento che la Suprema Corte a sezioni unite nel 2009 effettua all'elemento cardine della «carenza di potere» per la configurazione dell'istituto.

settembre 2014, n. 39234, che in virtù del medesimo insegnamento dichiara inammissibile il ricorso proposto in quanto non ravvisa gli estremi dell'abnormità del provvedimento impugnato; Cass. Pen., 1 agosto 2011, n. 30498, la quale ravvisa l'abnormità del provvedimento con cui il GUP restituisce gli atti al PM con l'ordine di contestare all'imputato circostanze aggravanti, in quanto innanzitutto emanato in carenza di potere (in astratto), ed in secondo luogo nonché su tale presupposto, perché comportante indebita regressione del processo ad una fase anteriore.

(239) Un valido banco di prova per la tenuta garantistica dell'istituto è la fattispecie problematica dell'imputazione c.d. coatta del GIP. Infatti, l'estrema genericità della disposizione di riferimento, ovvero l'art. 409 co. 5, c.p.p. attuale, per cui il GIP, quando non accoglie la richiesta di archiviazione ravvisando elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio dell'indagato, «*dispone con ordinanza che, entro dieci giorni, il PM formuli l'imputazione*», nonché, trascorsi due giorni da tale adempimento, «*fissa con decreto l'udienza preliminare*», desta perplessità in riferimento alla delimitazione del potere del GIP nell'emissione di detta ordinanza. La questione è articolata e concerne l'esatta delimitazione funzionale delle prerogative spettanti, rispettivamente, al giudice ed alla pubblica accusa nella determinazione dell'atto imputativo. In particolar modo, dunque, la Suprema Corte ha affrontato la seguente questione: se possa il potere funzionale del GIP estendersi anche all'ordine di formulazione dell'imputazione avverso soggetti mai indagati, a fronte di una richiesta del PM concernente l'archiviazione di altre persone, ovvero per fatti diversi da quelli per i quali il PM richiede l'archiviazione. Dalla risposta al quesito dipende infatti la sussistenza o meno di una fattispecie di abnormità. Orbene (in via esemplificativa del contrasto), mentre Cass. Pen., 5 giugno 2000, n. 3252, in Cass. Pen., 2001, p. 2400, nonché Cass. Pen., 16 settembre 2011, n. 34284, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2012, 4, p. 456, dichiarano abnorme il provvedimento, Cass. Pen., 31 maggio 2005, n. 22909, in *Guida Dir.*, 2005, 28, p. 80, e Cass. Pen., 28 settembre 2012, n. 42508, escludono la sussistenza del vizio. Sulla questione è intervenuta a sezioni unite Cass. Pen., 30 gennaio 2014, n. 4319, in *Proc. Pen. e Giust.*, 2014, 4, p. 68, con nota di MACRILLÒ A., in *Dir. Pen. e Proc.*, 2014, 10 e con nota di QUAGLIANO G., nonché in *Arch. Pen.*, 2014, 2, p. 1, con nota di AVELLA E., la quale, in ottica garantista, è nel senso di limitare i poteri di imputazione coatta del GIP per evitare una «*indebita ingerenza del giudice nei poteri dell'organo inquirente, non solo di indagare, a tutto campo, nei confronti della persona non contemplata nella richiesta di archiviazione, ma soprattutto di adottare autonome determinazioni all'esito delle indagini espletate*»; di qui, l'affermazione circa l'abnormità del provvedimento di imputazione coatta emesso dal GIP per reati diversi da quelli contestati dal PM. Conforme, in seguito Cass. Pen., 9 settembre 2015, n. 47292, la quale, muovendo dalla medesima impostazione sistematica tracciata dalle sezioni unite, dichiara abnorme il provvedimento del GIP che, nel rigettare la richiesta di archiviazione per assenza di querela, ordina la formulazione dell'imputazione ravvisando una circostanza aggravante che rende procedibile d'ufficio il reato.

(240) Per una ricognizione delle teorie sull'aspetto strutturale e funzionale dell'abnormità v. MASTROTOTARO R., *La tutela dell'ordo processus tra vizio di abnormità e principio di legalità*, in *Foro It.*, 2015, V, p. 166.

In particolare, la progressiva sistematizzazione dell'istituto permette di individuare la matrice comune del vizio, in accordo con le più recenti elaborazioni avutesi sul tema, in uno specifico sviamento del giudice dalla funzione giurisdizionale assegnatagli dall'ordinamento (241).

Sviamento che, a seconda delle ipotesi, si declina:

a) in una «*carenza di potere in astratto*» (242), quando la legge non attribuisce il potere che il giudice ha preteso esercitare con l'emanazione del provvedimento;

b) in una «*carenza di potere in concreto*» (243) quando il potere, sebbene in astratto contemplato, viene piegato per scopi estranei ai suoi presupposti.

Soffermando in particolare l'attenzione sul primo aspetto, può notarsi anzitutto come tale nozione diverga da quanto genericamente affermato in passato da dottrina e giurisprudenza, le quali avevano impropriamente riscontrato nelle fattispecie di

(241) Così Cass. Pen, 26 marzo 2009, cit., par. 4: «*l'abnormità, quindi, più che rappresentare un vizio dell'atto in sé, da cui scaturiscono determinate patologie sul piano della dinamica processuale, integra – sempre e comunque – uno sviamento dalla funzione giurisdizionale, la quale non risponde più al modello previsto dalla legge, ma si colloca al di là del perimetro entro il quale è riconosciuta dall'ordinamento. Tanto che si tratti di atto strutturalmente eccentrico rispetto a quelli positivamente disciplinati, quanto che si versi in una ipotesi di atto normativamente previsto e disciplinato, ma utilizzato al di fuori dell'area che ne individua la funzione e la stessa ragione di essere nell'iter procedimentale, ciò che segnala la relativa abnormità è proprio l'esistenza o meno del potere di adottarlo. In questa prospettiva, dunque, abnormità strutturale e funzionale si saldano all'interno di un fenomeno unitario*». Anche la dottrina risulta concorde nel ritenere fuorviante la distinzione in passato operata dalla giurisprudenza fra l'aspetto strutturale e funzionale dell'abnormità, che viceversa dovrebbero saldarsi in un fenomeno unitario coincidente con uno specifico difetto di potere in capo al giudice. Sul punto CATALANO M., *Il concetto di abnormità*, cit., p. 1242; GIUNCHEDI F., *L'atto abnorme nell'evoluzione giurisprudenziale*, cit., p. 1909; ZIGNANI D., *Sulla nozione di abnormità*, cit. p. 245; VARONE F., *Brevi riflessioni in tema di archiviazione della notizia criminis e abnormità dell'atto processuale penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2005, p. 1665 ss. In particolare per TODARO G., *Erronea declaratoria di nullità*, cit., p. 4555, il difetto di potere è «*il primo tassello che compone il concetto di abnormità*».

(242) Così Cass. Pen., 29 marzo 2009, cit. Peraltro, salvo affrontare a breve nel testo la problematica, il riferimento giurisprudenziale al concetto di carenza astratta di potere va chiarito specificando che la Suprema Corte non intende riferirsi all'inesistenza del potere giurisdizionale, bensì alla mancata previsione della potestà a svolgere quel determinato compito o scopo. Peraltro, in ciò risiede la distinzione fra abnormità strutturale ed inesistenza: mentre la prima presuppone un atto emanato in difetto – astratto – di potere – attribuzione, la seconda è espressione di una carenza assoluta di potere giurisdizionale del giudice. Sulla fondamentale distinzione v. BELLOCCHI A., *L'atto abnorme*, cit., p. 24; SANTALUCIA G., *L'abnormità*, cit., p. 138, nonché, in via di principio, MODUGNO F., voce *Eccesso di potere III) Eccesso di potere giurisdizionale*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989, p. 1. Sull'ambiguità della nozione, in quanto richiama indebitamente lo schema dell'atto amministrativo nullo per difetto assoluto di attribuzione, v. recentemente DE DOMENICO L., *La suprema corte sbarra la strada alle contestazioni suppletive sostitutive*, in *Cass. Pen.*, 2016, 3, p. 1101.

(243) Così ancora Cass. Pen., 29 marzo 2009, cit.

abnormità una usurpazione di potere da parte del giudice penale (244), ovvero un non meglio specificato eccesso di potere giurisdizionale (245).

Infatti, in virtù del combinato disposto degli artt. 606, co. 1, lett. *a*, e 620, co. 1, lett. *c*, c.p.p. vigente, per «*disposizioni che eccedono i poteri della giurisdizione*» si intendono le sole ipotesi di «*esercizio da parte del giudice di una potestà riservata dalla legge a organi legislativi o amministrativi ovvero non consentita ai pubblici poteri*» (246), ovvero, in sostanza, fattispecie di totale straripamento dal potere giurisdizionale (247).

Viceversa, le fattispecie di abnormità presuppongono sempre una «*una regolare investitura giurisdizionale*» (248); la carenza di potere, dunque, si sostanzia in ultima analisi nel difetto di attribuzione di quel determinato potere in capo all'organo decidente (249).

Venendo ora all'analisi del secondo aspetto, può osservarsi che il difetto in concreto di potere comporta il superamento del perimetro, specificamente delineato dal legislatore, entro cui il giudice può esercitare le funzioni che gli sono state attribuite: ne

(244) Così ALOISI U., *Applicazioni*, cit., *passim*.

(245) V. *retro* Cap. I, Sez. I, p. 11, nota 42. Peraltro, in questa direzione va segnalato che in passato la riflessione sul concetto di eccesso di potere, seppure ben delineata nell'ambito del diritto amministrativo, non conosceva in materia di processo penale una specifica demarcazione concettuale. Ne è testimonianza diretta la formulazione dell'art. 500, co. 1, c.p.p. del 1913, stando al quale il ricorso per cassazione poteva essere proposto, in via generale, «*per violazione o erronea applicazione della legge, per eccesso di potere o incompetenza per materia, ovvero per omissioni o violazioni di forme nella sentenza, nel verdetto o negli atti che hanno preceduto, quando producano nullità e questa non sia stata sanata nei modi stabiliti dalla legge*». Oltretutto, come del pari visto in precedenza, erano ancora sfumati i confini fra vizio di abnormità ed inesistenza giuridica della decisione emanata.

(246) La disposizione riecheggia quanto previsto dall'art. 524, co. 1, n. 2, c.p.p. del 1930.

(247) Assai delicato il rapporto di questa disposizione con l'art. 20 c.p.p. vigente, sul difetto assoluto di giurisdizione da parte del giudice penale adito, nonché sull'opportunità di accomunare tali vizi sotto il segno dell'inesistenza giuridica del provvedimento emanato. In tale direzione sembrerebbero muovere ZIGNANI D., *Sulla nozione di abnormità*, cit., p. 248; BELLOCCHI A., *L'atto anormale*, cit., p. 21; CATALANO M., *Il concetto di abnormità*, p. 1241, nota 8; MODUGNO F., voce *Eccesso di potere* I) *Profili generali*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989, p. 1 ss.; BASSI F., *Lo straripamento di potere (profilo storico)*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1964, p. 245; PETRELLA G., *Le impugnazioni nel processo penale*, cit., p. 432; ALOISI U., *L'eccesso di potere in materia penale*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1939, p. 129 ss. Viceversa SOTGIU G., *La cassazione penale*, Padova, 1947, p. 106, per il quale «*nel caso di annullamento senza rinvio (e proprio qui sta l'eccezionalità dell'istituto), la Cassazione sostituisce il suo giudizio a quello che altrimenti avrebbe dovuto pronunciare un nuovo giudice di merito, con evidente omaggio al principio dell'economia dei giudizi*», non sembra individuare nel vizio in esame una fattispecie di inesistenza.

(248) Così SANTUCCI G., *Abnormità o inesistenza di un provvedimento?*, in *Giur. Compl. Cass. Pen.*, 1953, VI, p. 98, il quale pone l'attenzione su tale circostanza per differenziare l'abnormità dalle ipotesi di inesistenza giuridica del provvedimento.

(249) Sotto questo punto di vista così insegna MODUGNO F., voce *Funzione*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 303: «*la situazione soggettiva che accede o che può accedere alla funzione-ufficio è il potere inteso come potestà, ossia nel senso di situazione di potere avente per fine la realizzazione di interessi alieni ed oggettivi*».

deriva che in tali ipotesi l'abnormità non coinvolge l'esistenza in astratto del potere, ma attiene allo sviamento dalla funzione cui il potere è preordinato (250).

Tali riflessioni hanno condotto la dottrina maggioritaria ad identificare lo specifico vizio di potere concernente le ipotesi di abnormità funzionale, alla categoria dello sviamento di potere (251) elaborata in diritto amministrativo (252).

12. L'abnormità nel prisma del rapporto fra forma e sostanza dei provvedimenti giurisdizionali.

L'analisi affrontata in questo primo capitolo conduce a ritenere l'abnormità quale devianza del provvedimento dal modello legale di riferimento, dovendo l'interprete valutare caso per caso quando tale discrasia sia idonea ad integrare il vizio in esame.

In termini generali, dunque, il fenomeno dell'abnormità sottende una contrapposizione – *latu sensu* – fra apparenza ed effettività del provvedimento, per

(250) Per riscontri applicativi pratici del principio nel rapporto fra GIP e PM in sede di richiesta di archiviazione v. CAPITANI F. G., *Questa archiviazione non s'ha da fare... cosa può e cosa non può fare il GIP che intende rigettare la richiesta di archiviazione del PM*, in *Dir. & Giust.*, 2016, 15, p. 91; ALONZI F., *I poteri del giudice dell'archiviazione: verso il definitivo assestamento interpretativo?*, in *Cass. Pen.*, 2014, 6, p. 2043. Viceversa, non sembra cogliere la matrice dello sviamento di potestà quale nucleo del provvedimento abnorme sotto l'aspetto funzionale FONTANA E., *La citazione è nulla per indeterminatezza della imputazione? No è abnorme l'ordinanza che l'ha dichiarata tale*, in *Dir. & Giust.*, 2015, 32, p. 37; del pari, sembra confondere l'aspetto funzionale e strutturale dell'abnormità LA MUSCATELLA D., *La Cassazione ribadisce i confini della riqualificazione del fatto contestato da parte del giudice, alla luce delle nozioni di fatto diverso e fatto nuovo*, in *Dir. & Giust.*, 2015, 30, p. 83.

(251) Per BELLOCCHI A., *L'atto abnorme*, cit., p. 23, «*ripercorrendo la storia di tale figura, si evince che il profilo funzionale dell'abnormità è avvicinabile al c.d. sviamento di potere, ricondotto originariamente nella nozione di eccesso di potere nelle materie amministrative*»; per SANTALUCIA G., *L'abnormità*, cit., p. 116, l'abnormità importa una «*carezza di potere solo sul piano del concreto esercizio, secondo un modello di creazione giurisprudenziale nel settore del diritto amministrativo*»; nello stesso senso ZIGNANI D., *Sulla nozione di abnormità*, cit., p. 249; MENCARELLI F., *Il provvedimento abnorme*, cit., p. 59. *Contra* VERRINA G. L., *Principio di tassatività delle impugnazioni*, cit., p. 561, il quale continua a ravvisare nel fenomeno dell'abnormità un difetto assoluto di potere comportante l'inesistenza del provvedimento emanato.

(252) In generale sul tema v. CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, 6^a ed., Roma, 2012, p. 1401 ss.; CARDI E. – COGNETTI S., voce *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, Torino, 1990, p. 341 ss.; MODUGNO F. – MANETTI M., voce *Eccesso di potere II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989, p. 1 ss.; GASPARRI P., voce *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1964, p. 125; D'AMELIO M. – AZARA A., voce *Eccesso di potere*, in *N.ssim. Dig. It.*, VI, Torino, 1962, p. 345; BENVENUTI F., *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1950, p. 29 ss. Le riflessioni sulla nozione, nonché sull'ambito applicativo, delle teorizzazioni avutesi in tema di vizio di potere comportante abnormità saranno riprese diffusamente *infra* a partire dal Cap. II, al fine di verificare la loro applicabilità ai paradigmi del fenomeno abnormità nel processo civile.

avere il giudice o esercitato poteri invero non attribuitigli dall'ordinamento, o tentato di raggiungere scopi estranei a quelli che l'atto mirava a perseguire in astratto (253).

Ora, nella fenomenologia patologica del diritto processuale penale, sono stati riscontrati casi in cui la discrasia fra apparenza e contenuto del provvedimento emanato dal giudice ha assunto un preciso connotato, già anticipato in precedenza (254).

Il riferimento è alle ipotesi in cui il giudice, errando ovvero travisando la prescrizione di legge (255), emana sentenza in luogo di ordinanza o decreto, e viceversa. In altri termini, quando il giudice riveste il provvedimento di una forma diversa rispetto a quella prevista dal legislatore (256).

Il problema attiene principalmente alla tematica del diritto all'impugnazione: può infatti accadere che l'errata fisionomia del provvedimento, a dispetto del suo contenuto sostanziale, non consenta alla parte di muovere alcuna censura, stante il rigido principio di tassatività dei mezzi di impugnazione. Si pensi ad un'ordinanza emanata nel corso del dibattimento che, irritualmente decidendo sul merito delle contestazioni mosse dalla pubblica accusa, ponga effettivamente fine al processo (257).

Può del pari capitare che la forma di esteriorizzazione del provvedimento permetta un'impugnazione altrimenti negata, come nel caso del rinvio a giudizio disposto con sentenza anziché ordinanza (258).

Teoricamente, il contrasto così delineato può essere composto facendo leva su due opposti principi: per un verso, concedendo rilevanza all'essere del provvedimento, ovvero alla forma effettivamente assunta; per l'altro, facendo prevalere il suo dover essere, *id est* dando esclusivo rilievo al suo contenuto dispositivo.

(253) In generale ha osservato SIRACUSANO D., voce *Sentenza penale*, in *N.simo Dig. It.*, XVI, Torino, 1969, p. 1190, che «l'abnormità riferita alla sentenza chiama in causa la sostanza del provvedimento, estrinsecandosi in un tipo non previsto dalla legge». Ragion per cui secondo CATALANO E. M., *Giurisprudenza creativa*, cit., p. 308, il rimedio dell'abnormità è idoneo a «ridurre lo scarto fra essere e dover essere dell'ordinamento giuridico».

(254) Il tema era stato solo accennato *retro* Cap. I, Sez. II, p. 30, ed è questa la sede opportuna per affrontarlo.

(255) L'art. 125, co. 1, c.p.p. vigente dispone infatti che «la legge stabilisce i casi nei quali il provvedimento del giudice assume la forma della sentenza, dell'ordinanza o del decreto».

(256) LEONE G., *Sistema delle impugnazioni penali. Parte generale*, Napoli, 1935, p. 171, definisce tale eventualità come rara, eppure possibile.

(257) Per un riscontro giurisprudenziale sulla fattispecie oggetto di esemplificazione v. Cass. Pen., 23 maggio 1956, Lemma, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1957, p. 85.

(258) Del pari, per un riscontro giurisprudenziale sulla fattispecie oggetto di esemplificazione v. Cass. Pen., 12 ottobre 1976, Diez, in *Cass. Pen.*, 1977, p. 910.

L'opzione fin da subito prescelta dalla dottrina processualpenalistica per risolvere tale problematica è stata quella di far prevalere la sostanza del provvedimento rispetto alla forma (259): in ossequio ad esigenze di giustizia sostanziale, infatti, è stato osservato che il giudice non può, per mezzo di una sua errata condotta, condizionare il diritto di impugnazione previsto per legge (260).

Anche la giurisprudenza di legittimità, nei rari casi in cui si è trovata di fronte alla problematica, ha adottato la medesima impostazione (261).

(259) POTETTI D., *Richiesta di archiviazione e dichiarazione di incompetenza: forma e sostanza di un problema aperto*, in *Cass. Pen.*, 1998, I, p. 1285; FORTUNA E., voce *Sentenza penale*, in *Enc. Giur.*, XXVIII, Roma, 1990, p. 18; SCAPARONE M., *Forma e regime d'impugnazione dei provvedimenti che accertano la diversità del fatto in primo e in secondo grado*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1962, I, p. 605; LEONE G., *Trattato di diritto processuale penale*, III, Napoli, 1961, pp. 53 – 54; ID., *Sistema delle impugnazioni penali*, cit., p. 171, nonché, sulla specifica fattispecie dell'ordinanza di restituzione degli atti al PM dopo aver riscontrato nel dibattimento la sussistenza di un fatto diverso da quello contestato, ID., *Normale impugnabilità del provvedimento emanato ai sensi dell'art. 477 comma 2° c.p.p.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1961, p. 276; SIRACUSANO D., voce *Sentenza penale*, cit., p. 1188; ID., *Abnormalità e ricorribilità per cassazione dei provvedimenti giurisdizionali del PM*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1963, pp. 315 – 316; DEL POZZO C. U., *Le impugnazioni*, cit., p. 220; PETRELLA G., *Le impugnazioni*, cit., p. 113; SABATINI G., *Forma e impugnazione delle declaratorie di amnistia*, in *Giust. Pen.*, 1947, III, p. 164. Critico nei confronti del principio BELLAVISTA M., *In tema di sentenze con contenuto di ordinanze*, in *Giur. It.*, 1964, II, p. 366.

(260) Sul punto principalmente LEONE G., *Trattato di diritto processuale penale*, III, Napoli, 1961, p. 52 ss., nonché ID., *Sistema delle impugnazioni penali*, cit., p. 170 ss. Diversa questione, seppur strettamente consequenziale al problema della corretta qualificazione del provvedimento ai fini della sua impugnabilità, è quella di stabilire se l'errata forma del provvedimento configura – essa stessa – un vizio di invalidità della decisione emanata. A tal proposito, si rinviene due opinioni divergenti in dottrina: secondo DEL POZZO C. U., *Le impugnazioni*, cit., p. 221, osserva che un'eventuale impugnazione proposta al solo scopo di far dichiarare l'invalidità formale del provvedimento difetterebbe del requisito dell'interesse, individuando di tal guisa nell'istituto della correzione degli errori materiali lo specifico rimedio (su cui v. l'art. 130 c.p.p. vigente); viceversa, per PETRELLA G., *La impugnabilità*, cit., p. 113, la decisione così emanata viola i requisiti di forma – contenuto previsti per legge, e pertanto può essere oggetto di apposite censure. Per una sintetica esposizione delle questioni cfr. CORDERO F., *Procedura penale*, Milano, 1966, p. 289.

(261) Così in passato *Cass. Pen.*, 23 maggio 1956, cit., p. 85: «*le ordinanze dibattimentali che irrualmente decidono sul merito sono sostanzialmente vere e proprie sentenze, e come tali sono suscettibili di gravame autonomo*»; v. anche *Cass. Pen.*, 12 ottobre 1976, cit., p. 910, per cui «*ai fini dell'impugnabilità oggettiva, non rileva la forma ma il contenuto del provvedimento stesso*»; nella stessa direzione *Cass. Pen.*, 20 ottobre 1965, in *Cass. Pen.*, 1966, p. 414; *Cass. Pen.*, 7 giugno 1965, in *Cass. Pen.*, 1966, p. 283; *Cass. Pen.*, 24 giugno 1963, in *Cass. Pen.*, 1964, p. 83; *Cass. Pen.*, 20 novembre 1961, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1963, II, p. 678; nonché in motivazione *Cass. Pen.*, 5 aprile 1966, in *Cass. Pen.*, 1967, p. 166. Per una recente applicazione pratica del principio, nel caso di specie al fine di identificare la natura di un atto di parte, v. *Cass. Pen.*, 10 aprile 2014, n. 15961: «*verificare, infatti, la natura di un atto processuale, non è sufficiente attestarsi sul titolo dell'atto, occorrendo esaminarne il contenuto effettivo, in base al generale principio della prevalenza della sostanza sulla forma nell'identificazione dell'atto*». Da segnalare, peraltro, *Cass. Pen.*, 6 febbraio 1967, in *Cass. Pen.*, 1967, p. 1175, la quale, in applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma, afferma che la validità della decisione va comunque valutata sulla base della disciplina legislativa dettata per il tipo di provvedimento effettivamente emanato, non già rispetto a quella prevista per la forma che avrebbe dovuto assumere per legge. Il problema attiene alla mancata sottoscrizione dell'ordinanza da parte di tutti i membri del collegio in un'ipotesi in cui, per legge, avrebbe dovuto essere adottata una sentenza: la

Giunti a questo punto dell'analisi, deve essere affrontata la seguente questione: se le ipotesi di errore giudiziale nell'adozione del tipo di provvedimento integrano o meno fattispecie di provvedimento abnorme.

Orbene, fra le due contrapposte soluzioni fornite in dottrina (262), appare corretta dal punto di vista sistematico quella che esclude la configurabilità del vizio di abnormità.

Sebbene, infatti, entrambi i rimedi tendano a superare l'inoppugnabilità oggettiva del provvedimento emanato, una fondamentale differenza concettuale li contrappone (263): mentre l'abnormità presuppone una deroga al sistema chiuso della tassatività – dei mezzi nonché (264) – dei motivi di impugnazione, il principio della prevalenza della sostanza sulla forma vi si pone in perfetta armonia (265).

Nello specifico, individuata nella sentenza l'essenza di un provvedimento che rivesta altra forma, ovvero, nella medesima direzione, dando prevalenza alla disciplina astratta prevista dal legislatore rispetto a quella applicabile in conseguenza del provvedimento effettivamente emanato (266), esso sarà impugnabile proprio in virtù del

soluzione permette di evitare la dichiarazione di inesistenza giuridica del provvedimento emanato per mancata sottoscrizione del giudice.

(262) MANZONI I., *Sull'impugnabilità in via autonoma di ordinanza c.d. abnorme*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1957, p. 87, nonché SABATINI G., *Ordinanza di rinvio a tempo indeterminato o sentenza allo stato degli atti?*, in *Giust. Pen.*, 1951, III, p. 628, identificano questa casistica nel fenomeno del provvedimento abnorme, del quale peraltro gli A. non condividono nemmeno l'autonoma rilevanza nel sistema delle invalidità, in quanto considerato espressione della più ampia categoria del provvedimento non consentito dalla legge (cfr. *retro* Cap. I, Sez. I, p. 15, nota 58). Viceversa, secondo SIRACUSANO D., *Abnormità e ricorribilità per cassazione*, cit., p. 316 e LEONE G., *Il sistema delle impugnazioni*, cit., p. 172, le due fattispecie patologiche debbono considerarsi come autonome e distinte. Più sfumata l'impostazione concettuale di PETRELLA G., *La impugnabilità*, cit., p. 113, il quale, diagnosticata la sopravvenuta irrilevanza della teoria sul provvedimento abnorme a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 111 Cost., sostiene l'impugnabilità *ex art.* 190, co. 1, c.p.p. del 1930 (art. 568 c.p.p. vigente) della decisione in ogni caso in cui esso assuma la forma della sentenza, ovvero quando, a prescindere dal *nomen* attribuito erroneamente dal giudice, il provvedimento abbia natura sostanziale di sentenza.

(263) LEONE G., *Il sistema delle impugnazioni*, cit., p. 172, nota 1, definisce le due evenienze come opposte. Anche DEL POZZO C. U., *Le impugnazioni*, cit., p. 220, definisce le due casistiche come antitetiche. Ad ogni modo, quest'ultimo A. assume un'impostazione elastica, giungendo alla conclusione che entrambe le fattispecie sono riflesso di una condotta abnorme del giudice (cfr. *retro* Cap. I, Sez. II, p. 45).

(264) Come analizzato in precedenza *retro* Cap. I, Sez. II, p. 30, nota 117, in dottrina sono state avanzate opinioni divergenti sull'odierno concetto di abnormità, originariamente elaborato come deroga al principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, e successivamente considerato dalla dottrina maggioritaria quale motivo non scritto per accedere al giudizio di legittimità. Sembra peraltro corretta l'impostazione di chi ha ravvisato, per queste ragioni, una natura doppiamente eccezionale del fenomeno.

(265) In giurisprudenza v. Cass. Pen., 12 ottobre 1976, cit., p. 910, la quale afferma l'esclusione dalla categoria degli atti abnormi di ogni «*provvedimento che rivesta forma diversa da quella determinata dalla legge*» per errore del giudice.

(266) Interessante la prospettiva di AMBROSOLI L., voce *Provvedimenti del giudice (diritto processuale penale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, X, Torino, 1995, p. 438, per cui in realtà così operando si

dato normativo (267), e non in quanto espressione di una situazione patologica che lo pone al di fuori del sistema organico della legge processuale (268).

Sotto altra visione prospettica, inoltre, mentre la soluzione per rimediare all'errore del giudice nella scelta del provvedimento da adottare si innesta nella teoria dell'identificazione del provvedimento ai fini della sua corretta impugnabilità, viceversa, il rimedio dell'abnormità presuppone una patologia tale da rendere il provvedimento emanato oggettivamente inoppugnabile, ponendosi quale deroga al principio di tassatività.

Ad ogni modo, si ritornerà sullo specifico tema dopo aver effettuato, nei prossimi capitoli dell'elaborato, un'ampia ed articolata disamina delle elaborazioni avutesi nel processo civile, ove proprio in tali evenienze è da ravvisarsi la fenomenologia più frequente e delicata del c.d. provvedimento anomalo o abnorme.

13. L'abnormità nel diritto processuale penale: riepilogo.

L'analisi dell'abnormità affrontata nel corso di questo capitolo ha interessato il processo penale; il rimedio, nato dalla penna dello studioso e giudice Aloisi, è stato teorizzato in risposta ad esigenze basilari di giustizia sostanziale (269).

Attualmente l'istituto è profondamente radicato nel sistema; addirittura, il suo utilizzo, *sub specie* di ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111 Cost.*, è così frequentemente invocato da aver reso necessario un «*self restraint*» (270) ad opera della stessa Suprema Corte, il cui intento è stato quello di ricondurre il fenomeno entro un

concede prevalenza, più che al contenuto sostanziale della decisione, alla disciplina legale astratta prevista dal legislatore. Tale visione, senza voler anticipare alcunché, ritornerà utile anche quando si osserveranno più avanti le fattispecie di provvedimento anomalo o abnorme nel processo civile.

(267) Sul punto specificamente SIRACUSANO D., *Abnormità e ricorribilità per cassazione*, cit., p. 316, per cui l'impugnabilità della decisione emanata in forma diversa da quella prescritta discende dall'analisi degli elementi oggettivi e soggettivi del provvedimento «*e non apporta una deroga né alla disciplina della tassatività delle impugnazioni, né al regime della tassatività dei motivi di nullità. Non è deroga al primo criterio perché l'impugnabilità delle sentenze e delle ordinanze sulla libertà provvisoria o sulla sospensione del processo è prevista rispettivamente negli artt. 526 e 527 c.p.p., e negli artt. 263 e 19 c.p.p. Non è deroga al secondo criterio, perché le nullità deducibili contro ognuno di questi provvedimenti sono soltanto quelle previste, come tali, dal codice di procedura penale*».

(268) Secondo POTETTI D., *Richiesta di archiviazione e dichiarazione di incompetenza: forma e sostanza di un problema aperto*, cit., p. 1285, nota 1, «*se l'abnormità significa stare al di fuori del sistema, evidentemente l'abnormità stessa va fatta conseguire a violazioni di natura sostanziale; ove invece vi siano violazioni di natura meramente formale è sufficiente che l'interprete faccia prevalere la sostanza sulla forma, attribuendo al provvedimento l'esatto nomen juris*».

(269) V. ancora una volta *retro* Cap. I, Sez. I, p. 9 ss.

(270) BELLOCCHI A., *L'atto abnorme*, cit., p. 257.

denominatore comune rappresentato da uno specifico difetto di potere, il quale deve in ogni caso sussistere a prescindere dal profilo di abnormità – strutturale o funzionale – che il giudice pone in essere (271).

Grazie anche ai numerosi contributi dottrinali (272), l'abnormità ha assunto fisionomia autonoma nel sistema delle invalidità processuali penali, accrescendo in particolare la linea di demarcazione dalla figura dell'inesistenza giuridica (273).

Infine l'abnormità, pur presupponendo un generico contrasto fra forma e sostanza del provvedimento emanato, si pone quale evenienza distinta rispetto ai casi di errore del giudice nella scelta della forma del provvedimento da adottare (274).

A partire dal prossimo capitolo verrà analizzato l'operato di dottrina e giurisprudenza avutosi nel campo del diritto processuale civile: il filo conduttore sarà pur sempre rappresentato dall'abnormità, anche se risulta sin d'ora opportuno evidenziare come in questo settore dell'ordinamento tale concetto sembra aver imboccato binari del tutto autonomi ed eterogenei (275).

(271) Nello specifico cfr. *retro* Cap. I, Sez. II, pp. 55 – 59.

(272) Per una limpida quanto sintetica scansione degli eventi si rinvia da ultimo in questa sede a NEVOLI F., *Abnormità e progressione dinamica del processo: l'ipotesi del fatto diverso all'esito del dibattimento*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2009, p. 225.

(273) V. *retro* Cap. I, Sez. I, pp. 42 – 46.

(274) V. quanto appena esposto *retro* Cap. I, Sez. I, pp. 59 – 63.

(275) *Infra*, Cap. II ss.

CAPITOLO II

Il provvedimento abnorme nel diritto processuale civile

SOMMARIO

1. La genesi del concetto abnormità nel diritto processuale civile. – 1.1. Il tentativo di Denti. – 1.2. L'opera interpretativa di Jannuzzi. – 2. La successiva dottrina avutasi sul tema: verso una nozione di stile del provvedimento anomalo o abnorme. – 3. La predisposizione delle coordinate entro cui affrontare lo studio dell'abnormità nel diritto processuale civile. – 4. L'abnormità ed il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione. – 5. L'abnormità e la teoria dell'invalidità. – 5.1. Premessa: l'identificazione degli atti processuali civili. – 5.1.1 L'identificazione degli atti processuali del giudice, ossia i provvedimenti. – 5.1.2. La forma ed il contenuto dei provvedimenti. – 5.1.3. La sostanza dei provvedimenti. – 5.1.4. Il rapporto fra la sostanza ed il contenuto del provvedimento nella visione del legislatore. – 5.2. La disciplina delle nullità processuali civili. – 5.3. La figura dell'inesistenza giuridica. – 5.3.1. L'inesistenza giuridica del provvedimento. – 5.3.2. Il rapporto fra le nullità processuali e l'inesistenza giuridica. – 5.4. La mera irregolarità degli atti processuali civili. – 6. L'abnormità nella teoria delle invalidità: approccio critico e rinvio. – 7. L'essenza del provvedimento processuale civile abnorme: riepilogo.

1. La genesi del concetto abnormità nel diritto processuale civile.

L'analisi del provvedimento abnorme condotta nel primo capitolo ha interessato il diritto processuale penale; d'ora in avanti, l'indagine del fenomeno verrà effettuata nel campo del diritto processuale civile.

Il trasferimento dell'abnormità da un ramo all'altro dell'ordinamento è stato tutt'altro che automatico: le differenze riguardano, infatti, tanto le finalità quanto la struttura dei due sistemi processuali (1).

Gli studi fondamentali per lo sviluppo della categoria nel processo civile possono ricondursi a due illustri giuristi: grazie al contributo di Denti (2) il fenomeno ha

(1) In argomento TISCINI R., *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, 2005, p. 212.

(2) DENTI V., *In tema di provvedimenti giudiziali abnormi*, in *Giur. It.*, 1955, I, 2, p. 532: l'A. definisce l'abnormità come «il vizio di un provvedimento giudiziale che abbia un contenuto diverso da quello stabilito dalle norme processuali che lo disciplinano, o comunque un contenuto non previsto da alcuna norma».

avuto il suo esordio nel processo civile; con l'opera interpretativa di Jannuzzi (3) esso ha acquisito una fisionomia che ancora oggi costituisce un valido riferimento dogmatico, in quanto capace di descrivere – per quanto genericamente – le possibili esplicazioni del vizio. Su tutte, l'errore del giudice nella scelta del provvedimento prescritto per legge; evenienza che, vista la delicata problematica sottesa coinvolgente il corretto esercizio del diritto all'impugnazione, ha finito per rappresentare il punto più dibattuto del fenomeno (4).

Per queste ragioni, verrà anteposta l'analisi dei loro scritti ad un *excursus* della successiva dottrina avutasi sul tema, così come alla causa segue l'effetto; seguiranno, poi, alcune riflessioni tese – in via di approccio alla problematica – ad inquadrare il fenomeno dell'abnormità nelle logiche del diritto processuale civile.

1.1. Il tentativo di Denti.

Il contributo di Denti trae origine dall'analisi di una vicenda giudiziaria anomala: il Tribunale di Torino aveva concesso, su domanda dell'erede ricorrente, un sequestro giudiziario dei cespiti ereditari con contestuale nomina del custode; a quest'ultimo, mediante previsione estranea al dettato normativo (5), veniva anche

(3) Nella prospettiva di JANNUZZI A., *Impugnazione del provvedimento decisorio anomalo*, in *Giust. Civ.*, 1959, p. 2182, «provvedimento anomalo o abnorme è quello anormale, che, cioè, allontanandosi dalla norma, risulta diverso dallo schema tipico in essa previsto».

(4) Come si avrà modo di illustrare nel corso della trattazione JANNUZZI A., *Impugnazione del provvedimento decisorio anomalo*, cit., p. 2182 ss., etichetta come abnormi (*rectius*: anormale) anche ulteriori fattispecie, quali la sentenza equitativa emessa in assenza della concorde richiesta delle parti *ex art. 114 c.p.c.*, l'ordinanza del giudice istruttore che dichiara esecutivo il progetto di divisione adottata in presenza di contestazioni *ex art. 789, co. 3, c.p.c.*, l'ordinanza di convalida di sfratto emanata in violazione dei presupposti di legge *ex art. 663 c.p.c.*, nonché l'emanazione della decisione nonostante il difetto assoluto di giurisdizione.

(5) La disposizione di riferimento è l'art. 676, co. 1, c.p.c., stando alla quale «nel disporre il sequestro giudiziario, il giudice nomina il custode, stabilisce i criteri e i limiti dell'amministrazione delle cose sequestrate e le particolari cautele idonee a rendere più sicura la custodia e a impedire la divulgazione dei segreti». Sia App. Torino, 8 maggio 1954, in *Giur. It.*, 1955, I, 2, p. 532 ss., che l'annotatore della sentenza Denti, ritengono che il provvedimento originario di nomina del custode abbia attribuito allo stesso «un potere (quello di alienare i beni oggetto del sequestro) in ipotesi non previsto dalla legge e comunque contrario alla finalità dell'istituto». Difatti, pare fuor di dubbio che la possibilità di alienazione dei beni concessi in custodia tradisca le finalità dell'istituto, appunto teso alla loro preservazione (per tutti VELLANI M., voce *Custode*, in *N.s.simo Dig. It.*, V, Torino, 1960, p. 88). Ad ogni modo, esclusa la possibilità per il custode di alienare il bene oggetto di sequestro, nel tempo sono stati registrati contrasti sulla precisa individuazione – *id est* limitazione – dei poteri di gestione spettanti al custode per la conservazione della cosa, ed in modo particolare, fra essi, quali debbano essere subordinati ad un'espressa autorizzazione del giudice e quali siano connaturati al suo Ufficio. Stando ad una prima impostazione dottrinale, il custode può compiere, senza alcuna autorizzazione, ogni atto di ordinaria o

attribuito il potere di alienare, previa specifica autorizzazione da parte del giudice istruttore nel successivo giudizio di convalida (6), taluni di essi (7).

Chiarita preliminarmente la specifica vicenda giudiziaria, l'Autore intende affrontare due principali prospettive di indagine, trascendendo al piano dei principi generali:

straordinaria amministrazione necessario all'utile conservazione della cosa sequestrata (così CALVOSA C., *Il processo cautelare. I sequestri e i provvedimenti d'urgenza*, Torino, 1970, p. 380). Per un opposto indirizzo, tutti gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione devono essere espressamente autorizzati dal giudice (CONIGLIO A., *Il sequestro giudiziario e conservativo*, 3^a ed., Milano, 1949, p. 240 ss.; nello stesso senso, seppur con ulteriori sfumature concernenti il confine fra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione; CANDIAN A., *Poteri del sequestratario*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, I, Milano, 1951, pp. 261 – 262). Infine, stando ad una terza ricostruzione, ogni potere del custode deve essere espressamente definito mediante precise direttive del giudice; l'opinione, peraltro, viene giustificata da esigenze pratiche, posto che risulta impraticabile la pretesa di fornire un'elencazione delle attività astrattamente rientranti nei poteri propri del custode (in tal senso ANDRIOLI V., *sub art. 676 c.p.c.*, in *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, p. 176; CORSINI F., *Il sequestro giudiziario di beni*, in *I procedimenti sommari e speciali*, II, a cura di CHIARLONI S. – CONSOLO C., Torino, 2005, p. 938).

(6) Il procedimento di sequestro era originariamente articolato in due fasi: mediante la prima, a cognizione sommaria, si otteneva la concessione del provvedimento cautelare in via provvisoria; con la successiva fase di convalida, a cognizione piena, veniva accertata la legittimità del provvedimento emanato, ovvero la sussistenza o meno dei requisiti per ottenere la misura cautelare. Dopodiché, con l'entrata in vigore della l. 353/1990, il legislatore, da un lato, ha soppresso l'istituto della convalida disciplinato dagli artt. 681 e 682 c.p.c.; dall'altro, ha esteso *in parte qua* ai sequestri la nuova disciplina prevista all'art. 669 *bis* ss. c.p.c. per il rito cautelare uniforme. In dottrina, sull'impatto della novella nel sistema dei provvedimenti cautelari di sequestro v. ATTARDI A., *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, pp. 270 – 272; CECHELLA C., *Il procedimento cautelare*, in CECHELLA C. – CAPPONI B. – VACCARELLA R., *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, p. 347; per riflessioni di più ampio respiro sugli effetti della riforma cfr. CONSOLO C., *art. 669 bis – art. 669 quaterdecies*, in *Commentario alla riforma del processo civile*, di CONSOLO C. – LUISO F. P. – SASSANI B., Milano, 1996; PROTO PISANI A., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991; TARZIA G., *Il nuovo processo cautelare*, Padova, 1993.

(7) Nel caso di specie, un erede aveva proposto reclamo alla Corte di appello avverso la successiva autorizzazione, da parte del giudice della convalida del sequestro *ex art. 681 c.p.c.* (fase, come appena visto, poi abrogata dall'art. 89, l. 353/1990), ad alienare determinati beni dell'asse ereditario. Veniva in particolare denunciata l'assoluta abnormità della previsione – *id est*, l'inesistenza del provvedimento –, in quanto attribuiva poteri al custode non previsti dalla legge (arg. *ex art. 676, co. 1, c.p.c.*). App. Torino, 8 maggio 1954, cit., p. 540, dichiara inammissibile il reclamo: difatti, chiarito che l'indebita attribuzione al custode di poteri *extra legem* non configura una «*invadenza giurisdizionale in campo giuridicamente soggetto a un'altra autorità*», e, dunque, escludendo il difetto assoluto di giurisdizione comportante l'inesistenza del provvedimento, la Corte afferma che sopra «*ogni questione relativa alla ricorrenza dei presupposti per la concessione del sequestro, e dei poteri attribuiti col provvedimento cautelare al sequestratario, deve conoscere esclusivamente, in ogni grado, il giudice della convalida, o col merito del giudizio di cognizione, o anticipatamente, se ricorra l'ipotesi prevista dall'art. 682, c.p.c., e la opportunità consigli una trattazione separata*». Critico DENTI V., *In tema di provvedimenti giudiziari abnormi*, cit., p. 533, per il quale deve essere esclusa la possibilità di controllare, in sede di convalida, il provvedimento che «*stabilisce i criteri e i limiti dell'amministrazione delle cose sequestrate*» *ex art. 676, co. 1, c.p.c.*, in quanto pronuncia autonoma rispetto al provvedimento di concessione della misura, seppure ad esso funzionalmente connessa; ne deriva che tali indicazioni «*hanno una loro efficacia ed un loro regime autonomi*», ed il problema da risolvere, in casi come questo, è proprio quello di individuare il corretto rimedio da esperire; in risposta a questo quesito, l'A. propone la trasposizione, nelle logiche del processo civile, delle teorizzazioni avutesi nel processo penale in tema di abnormità (su cui v. ampiamente nel testo).

a) sotto un primo profilo, identificare il vizio che affligge il provvedimento avente contenuto avulso rispetto a quanto normativamente stabilito;

b) sotto un secondo e consequenziale profilo, individuare il corretto rimedio esperibile per contestare, in tali ipotesi, l'operato singolare del giudice.

Quanto al primo aspetto, sul presupposto che detto vizio può interessare qualsiasi tipo di provvedimento, Denti qualifica come abnorme ogni statuizione che – come quella in analisi – abbia un contenuto «*non consentito dalla legge e in contrasto con la funzione dell'istituto*» processuale di riferimento (8).

La nozione di abnormità, chiaramente attinta dalle teorizzazioni avutesi nel processo penale (9), sembra in particolare aderire alla descrizione dell'aspetto funzionale del fenomeno generalmente accettata in dottrina (10).

Tale deduzione, peraltro, risulta avvalorata dalle riflessioni che l'Autore effettua circa la matrice del vizio di potere sotteso. Nello specifico, infatti, esso va distinto da altre possibili manifestazioni distorte del potere giurisdizionale, quali il difetto di potere, ovvero quando il giudice pone di fatto un nuovo precetto normativo, nonché l'eccesso di potere, quando cioè il giudice statuisce su materia sottratta alla giurisdizione ed attribuita in via esclusiva alla Pubblica Amministrazione (11): in entrambe le ipotesi, infatti, la carenza assoluta di potere determina l'inesistenza giuridica della pronuncia emanata (12).

(8) DENTI V., *In tema di provvedimenti giudiziali abnormi*, cit., p. 535.

(9) In particolare DENTI V., *In tema di provvedimenti giudiziali abnormi*, cit., p. 534, nel richiamare l'attenzione sulle elaborazioni avutesi nel diritto processuale penale, fissa le coordinate della categoria in accordo col pensiero di Sabatini (su cui *retro* Cap. I, Sez. I, p. 26), il quale, scettico fin da subito nei confronti del fenomeno, in seguito all'emanazione dell'art. 111 Cost. lo aveva associato alla categoria dei provvedimenti non consentiti dalla legge, di tal guisa facendo confluire l'abnormità entro il raggio applicativo dell'art. 539, n. 4, c.p.p. del 1930 (art. 620, co. 1, lett. d, c.p.p. vigente).

(10) Sul tema cfr. *retro* Cap. I, Sez. I, p. 55 ss.

(11) In armonia con la prospettiva sistematica prescelta, l'A., scinde l'eccesso dal difetto di potere. Ad ogni modo, al di là delle classificazioni terminologiche, identico è il regime giuridico dell'atto che ne è viziato, consistente nella sua inefficacia originaria. Sul punto DENTI V., *In tema di provvedimenti giudiziali*, cit., p. 534; cfr. anche ID., voce *Inesistenza degli atti processuali civili*, in *N. ssimo Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, p. 637 ss. Per una visione terminologica speculare rispetto al punto di vista di Denti, v. REDENTI E., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1951, p. 170, per il quale «ogni trasgressione da parte del giudice dei limiti tracciati per riguardo agli organi amministrativi, va considerato come caso di difetto assoluto (...assolutissimo) di giurisdizione».

(12) Secondo il pensiero dell'A., l'inesistenza giuridica è istituto autonomo e distinto dalla casistica del provvedimento abnorme; ciò in armonia con la dottrina maggioritaria processualpenalistica, la quale ha nel tempo tracciato una netta distinzione dogmatica fra l'istituto dell'abnormità e quello dell'inesistenza giuridica (su cui cfr. *retro* Cap. I, Sez. II, p. 42 ss.). L'analisi del rapporto fra queste due categorie sarà affrontata anche nel campo del diritto processuale civile, quando la descrizione del fenomeno abnormità sarà giunta ad un livello tale da consentire un generale raffronto in chiave sistematica (v. *infra* Cap. IV, Sez. I).

Inoltre, il vizio comportante abnormità non può essere nemmeno identificato nel difetto di potere funzionale, inteso quale ripartizione interna delle attribuzioni dei vari organi del procedimento; su tutte, il rapporto fra giudice istruttore e collegio (13).

Ne deriva, *a contrario*, che la cornice entro cui poter ricomprendere il fenomeno sia quella dello sviamento del giudice dal potere giurisdizionale attribuitogli dall'ordinamento, in quanto il fulcro della patologia – in disparte la necessaria collocazione del provvedimento oltre i limiti di contenuto espressamente previsti dalla legge – consiste nella discrasia fra funzione astratta ed utilizzo concreto dello strumento legislativo (14).

Peraltro, così impostati i confini della categoria (15), secondo l'Autore non residuano spazi per collocarvi anche la casistica patologica dell'errore del giudice nella scelta del tipo di provvedimento da adottare (16).

(13) Così ancora DENTI V., *In tema di provvedimenti giudiziali*, cit., p. 535. Anche su tali questioni, di rilevante importanza ai fini dell'indagine della categoria nel diritto processuale civile, si rinvia all'ampia analisi che sarà effettuata *infra* Cap. IV, diffusamente nella Sez. II).

(14) Per DENTI V., *In tema di provvedimenti giudiziali*, cit., p. 534, «il caso qui considerato non richiama tanto l'attribuzione o l'esercizio del potere, quanto piuttosto la delimitazione del contenuto del provvedimento, come corrispondenza di esso al contenuto tipico normativamente stabilito». Come si può notare, è evidente la sussistenza di una stretta interconnessione fra tali affermazioni e le riflessioni dottrinali in tema di abnormità funzionale del provvedimento processuale penale, nonostante la distanza fra i due ordinamenti processuali. In questa medesima prospettiva, DENTI V., *In tema di provvedimenti giudiziali*, cit., p. 535, offre un ulteriore esempio di provvedimento abnorme, ovvero quando il giudice, nel disporre l'ispezione personale della parte o di un terzo, ne ordini anche l'accompagnamento coattivo. Tale ipotetica previsione, oltre a porsi al di fuori delle previsioni dell'art. 118 c.p.c., sarebbe idonea a creare uno scollamento fra funzione astratta dell'istituto e sua concreta applicazione. Quest'ultimo punto di vista trova peraltro conferme nella dottrina maggioritaria, la quale concorda nel ritenere incoercibile l'ispezione personale in virtù del principio, evidentemente salvaguardato dal legislatore, all'*habeas corpus*, salve le conseguenze sul piano giuridico del legittimo rifiuto. Così COMOGLIO L. P. – FERRI C. – TARUFFO M., *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995, p. 577; TRISORIO LIUZZI G., voce *Ispezione nel processo civile*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, X, Torino, 1993, p. 195; MASSARI G., voce *Ispezione giudiziale*, in *N.ssimi Dig. It.*, IX, Torino, 1963, p. 153; FINOCCHIARO A., voce *Ispezione giudiziale (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 954. Viceversa, si sono registrate opinioni divergenti allorché oggetto dell'ispezione siano cose o luoghi: in tali ipotesi hanno sostenuto l'attuabilità in via coattiva REDENTI E., *Diritto processuale civile*, II, 4ª ed., Milano, 1997, p. 243, nonché BALENA G., *Ispezione giudiziale (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur.*, XVII, Roma, 1989, p. 7.

(15) L'A. sceglie dunque di non attrarre nella categoria abnormità una questione problematica assai dibattuta in dottrina ed in giurisprudenza, ovvero l'errore del giudice consistente nell'emanazione di un provvedimento di tipo diverso rispetto a quello prescritto per legge (su cui diffusamente in seguito, nonché nel Cap. III per lo specifico piano dinamico). Così infatti DENTI V., *In tema di provvedimenti giudiziali*, cit., p. 534, nota 6: «nulla ha a che vedere l'ipotesi del provvedimento abnorme con l'esigenza di qualificare esattamente un dato provvedimento, sotto il profilo della sua impugnabilità». L'opinione sembra porsi in linea con le riflessioni espresse dalla dottrina maggioritaria avutasi nel processo penale, su cui si rinvia *retro* Cap. I, Sez. II, spec. p. 57. Si segnala ad ogni modo che, secondo CARRATTA A., «Sostanza» del provvedimento abnorme e impugnazioni: le «sopravvalutazioni formalistiche» della cassazione, in *Corriere Giur.*, 2002, 12, p. 1594, la nozione di abnormità fornita da Denti – nonché la soluzione da egli prospettata per l'impugnabilità di siffatte decisioni – riguarderebbe anche le evenienze di errore del giudice nella scelta del provvedimento da adottare.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, concernente la sindacabilità del vizio, l'Autore prospetta un regime volto a tutelare la parte interessata a denunciare l'esistenza, ammettendo in ogni caso la possibilità di contestare il provvedimento abnorme (17).

Se, dunque, la statuizione è soggetta ad un determinato mezzo di impugnazione, l'abnormità può essere fatta valere soltanto nei limiti e secondo le regole proprie di quel determinato rimedio (18); in caso contrario, l'accertamento della sussistenza del vizio potrà avvenire senza restrizioni temporali, attraverso un'apposita *actio nullitatis* ovvero in sede di opposizione all'esecuzione (19).

I presupposti logico-giuridici di tale distinzione possono rintracciarsi nel carattere decisorio o meno della statuizione del giudice.

(16) Verrà più avanti affrontata l'analisi del rapporto fra il principio della prevalenza della sostanza sulla forma (teorizzato per le ipotesi di errore del giudice nella scelta del provvedimento da adottare) e la nozione di sentenza in senso sostanziale (arg. ex art. 111 Cost.). Si anticipa ad ogni modo che, in accordo con DENTI V., *Note sui provvedimenti non impugnabili*, cit., p. 13, i due principi si escludono a vicenda, ponendosi «*su piani diversi la rispondenza formale del provvedimento allo schema normativo (rilevante ai fini della ammissibilità dei rimedi propri dell'atto) e la rispondenza sostanziale del provvedimento alla sua funzione tipica (rilevante ai fini del rimedio previsto dalla costituzione)*».

(17) DENTI V., *In tema di provvedimenti giudiziali*, cit., pp. 535 – 536: «*la nullità dei provvedimenti abnormi può essere fatta valere, come ogni altra nullità dei provvedimenti giudiziali, anzitutto attraverso i rimedi propri dell'atto, per il principio dell'assorbimento della invalidazione nella impugnazione. (...) La nullità dei provvedimenti abnormi qui considerati, pertanto, se non siano espressamente soggetti ad un particolare rimedio, può essere sempre fatta valere dalla parte interessata, anche al di fuori del processo in cui il provvedimento è stato pronunciato*».

(18) Il principio sotteso a tale affermazione è quello dell'assorbimento dei vizi di nullità in motivi di impugnazione, sul presupposto che l'abnormità non coinvolge il regime di impugnazione del provvedimento che ne è affetto. La disposizione di riferimento è quella dell'art. 161, co. 1, c.p.c., per cui «*la nullità delle sentenze soggette ad appello o a ricorso per cassazione può essere fatta valere soltanto nei limiti e secondo le regole proprie di questi mezzi d'impugnazione*». Va peraltro precisato che secondo l'opinione dell'A., costituisce apposito mezzo di impugnazione, idoneo ad essere esperito avverso ogni provvedimento decisorio non altrimenti impugnabile, anche il ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost. In generale, sul c.d. principio dell'assorbimento dell'invalidazione nell'impugnazione v., per riferimenti essenziali, MANDRIOLI C., *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 della Costituzione*, Milano, 1967, spec. p. 63 ss.; CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, I, Roma, 1942, p. 378; DENTI V., *Note sui provvedimenti non impugnabili*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1954, p. 25 ss.; REDENTI E., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1949, p. 169 ss.; CALAMANDREI P., *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1951, I, p. 112 ss. Nella vigenza del precedente codice di rito cfr. CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1938, p. 517 ss., nonché LESSONA C., nota a Cass. Civ., Sent. 8 ottobre 1910, in *Foro It.*, 1911, p. 12, per il quale «*è, comunque, massima assiomatica che le nullità delle sentenze si fanno valere soltanto per via di gravame*».

(19) DENTI V., *Note sui provvedimenti non impugnabili*, cit., pp. 27 – 29. L'A. giunge a questa conclusione muovendo dal principio che il c.d. assorbimento dell'invalidazione nell'impugnazione può assumere valore esclusivamente in riferimento ai provvedimenti a carattere decisorio, come tali suscettibili di acquistare autorità di giudicato. Viceversa, i provvedimenti ordinatori sfuggono alla previsione, in quanto la loro natura li rende estranei alla disciplina dell'art. 323 c.p.c.; non per questo, comunque, la possibilità di contestare i vizi che affliggono tali provvedimenti è irrimediabilmente esclusa, in quanto «*la mancata previsione di uno specifico mezzo di impugnazione esclude il controllo sulla giustizia dell'atto, ma non ne impedisce la invalidazione*».

Solo nel caso in cui vengano emanati provvedimenti decisori, infatti, il principio dell'assorbimento delle invalidità nei motivi di impugnazione può trovare applicazione, visto il legame indissolubile fra pronunce giurisdizionali su diritti e successivo passaggio in giudicato della decisione emanata, *ex art. 324 c.p.c.*, in assenza di contestazioni (20).

Di riflesso, la regola dell'art. 161, co. 1, c.p.c., è innanzitutto estranea alle vicende giuridiche dei provvedimenti ordinatori emanati nel corso di procedimenti a carattere contenzioso, inidonei ad acquistare autorità di giudicato in quanto non decisori sulla situazione sostanziale dedotta in giudizio dalle parti; essi, quand'anche definitivi, restano inoppugnabili salvo espressa previsione normativa (21).

In secondo luogo, il suddetto principio di conversione non può trovare applicazione nei confronti di pronunce emanate in procedimenti giurisdizional-volontari (22), le quali non assumono carattere decisorio nemmeno in ragione del vizio di

(20) La correlazione necessaria fra decisorietà del provvedimento e sua impugnabilità viene commisurata all'ambito applicativo del ricorso straordinario per cassazione previsto dall'art. 111 Cost., che l'A. individua nell'inoppugnabilità del provvedimento a carattere decisorio (più che alla forma di sentenza dallo stesso assunta). Sul punto DENTI V., *Note sui provvedimenti non impugnabili nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1954, pp. 12 – 14, il quale, muovendo da tali presupposti afferma che «*il sistema della legge processuale va perciò integrato con la norma della costituzione, in forza della quale la non impugnabilità dei provvedimenti decisori ha ormai un significato relativo*»; ragione per cui ID., *op. cit.*, pp. 29 – 30, critica MANDRIOLI C., *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano, 1953, p. 94 ss., per il quale l'impugnabilità del provvedimento giurisdizionale a contenuto discrezionale deve essere valutata in concreto. In seguito anche DENTI V., *La magistratura*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, IV, Bologna – Roma, 1987, p. 24, *sub art. 111*.

(21) Nell'ambito dei provvedimenti ordinatori definitivi, DENTI V., *Note sui provvedimenti non impugnabili*, *cit.*, p. 32, include l'ordinanza di estinzione del processo, in quanto attinente a questioni meramente processuali, nonché il provvedimento di liquidazione degli onorari dell'ausiliario del giudice.

(22) Ad esempio per DENTI V., *Note sui provvedimenti non impugnabili*, *cit.*, p. 18 ss., pur in presenza di contestazioni, l'ordinanza del giudice istruttore che dichiara esecutivo il progetto di divisione ai sensi dell'art. 789, co. 3, c.p.c., sfugge alla regola dell'art. 161, co. 1, c.p.c., potendo essere annullata in ogni tempo mediante azione di mero accertamento in sede contenziosa. L'A., dunque, riconducendo tale ordinanza nell'ambito della giurisdizione volontaria, esclude in ogni caso la sua impugnabilità *ex art. 111 Cost.*; quand'anche sia emanata in presenza di contestazioni, infatti, non può essere alterata la sua natura di provvedimento inidoneo all'accertamento. Diversa l'opinione di MANDRIOLI C., *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 della Costituzione*, Milano, 1967, p. 102: «*non mi risulta che questa tendenza a considerare la cosiddetta abnormità come una ragione autonoma di ammissibilità dell'actio nullitatis, si sia espressa in un orientamento giurisprudenziale, pur non dovendosi trascurare, al riguardo, la tendenza (...) a considerare l'abnormità dei provvedimenti decisori, come ragione autonoma di ammissibilità del ricorso per cassazione ex art. 111 Cost.*». Per questo secondo A., dunque, la concreta attitudine decisoria del provvedimento deve prevalere sull'astratta matrice giurisdizional-volontaria del potere esercitato. Ad ogni modo, sul tema specifico del giudizio divisorio cfr. *amplius infra* Cap. IV, Sez. II, p. 273 ss., ove verranno analizzati gli sviluppi dottrinali e giurisprudenziali registratisi nella materia *de qua* in punto di impugnazione dell'ordinanza anomala.

abnormità (23), posta la totale carenza in astratto del potere giurisdizionale di accertamento in capo al giudice (24).

Tuttavia, nelle due ipotesi da ultimo descritte, l'inoppugnabilità non esclude, anzi lascia intatta, la problematica relativa all'invalidazione del provvedimento, che secondo l'Autore sarà sempre ammissibile in ossequio al principio della piena legalità degli atti dello Stato (25).

Orbene, sembra opportuno effettuare a margine alcune riflessioni.

Nell'arduo intento di adattare la categoria agli schemi del processo civile, Denti ha prestato attenzione alla descrizione del fenomeno a livello statico, fornendo di tal guisa le coordinate per una corretta identificazione del vizio, attingendo alle elaborazioni avutesi nel processo penale, soprattutto in tema di identificazione del vizio di potere perpetrato inteso come sviamento (26).

(23) Diverso è il caso in cui l'invalidità di un provvedimento – presupposto venga invocata in sede di volontaria giurisdizione per ottenere la riforma della pronuncia – dipendente emanata: siccome l'organo giudicante non dispone di un potere di accertamento, secondo DENTI V., *In tema di provvedimenti giudiziali*, cit., p. 538, la tutela dovrebbe passare per la disapplicazione del provvedimento alla fattispecie di riferimento. Così facendo, l'A. estende agli schemi del diritto processuale un istituto a carattere generale valevole per le ipotesi di invalidità degli atti legislativi o amministrativi: la disapplicazione. Per una nozione di questo fenomeno v. GUARINO G., *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, p. 357: «la disapplicazione si ha quando l'atto deve essere considerato irrilevante rispetto ad una concreta fattispecie in relazione alla quale non produce quindi gli effetti che avrebbe dovuto produrre. La disapplicazione è un concetto eminentemente relativo: riguarda gli effetti in relazione ad una fattispecie che si presenta in concreto. Non concerne né gli effetti che si siano eventualmente già verificati, né gli effetti che si possono verificare in futuro rispetto ad altre fattispecie, né ancora gli effetti che il medesimo atto potrà produrre in futuro rispetto al medesimo rapporto. (...) Ne consegue che la disapplicazione di un atto generale non implica che esso non possa applicarsi in futuro»; cfr. anche l'opinione di CANNADA BARTOLI E., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, spec. p. 19 ss., il quale pone sullo stesso piano i fenomeni della disapplicazione e dell'annullamento; cfr. STELLA RICHTER P., *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970, p. 41 ss.

(24) Come visto, per Denti il *discrimen* fra l'ammissibilità o meno del ricorso straordinario per cassazione va tracciato *ex ante*; del tutto irrilevanti, ai fini dell'ammissibilità del ricorso ai sensi dell'art. 111 Cost., le possibili implicazioni patologiche dell'errore del giudice, in quanto tali provvedimenti sfuggono per definizione all'applicazione del principio dell'assorbimento delle nullità nell'impugnazione. Ration per cui contro siffatte pronunce può essere esperita un'azione di mero accertamento per dichiararne l'invalidità, o in alternativa, un'apposita opposizione in sede esecutiva.

(25) DENTI V., *Note sui provvedimenti non impugnabili*, cit., p. 27: «l'assorbimento opera dunque in quanto l'invalidazione si attua attraverso l'impugnazione e, per converso, l'esclusione dell'impugnazione lascia intatto il problema della invalidazione, mancando il presupposto per l'applicazione dell'art. 161».

(26) Preme a tal fine rilevare che il medesimo concetto di sviamento di potere viene preso a modello per descrivere il vizio concernente i provvedimenti abnormi emanati nel processo penale. Come già visto ampiamente in precedenza, infatti, la dottrina dominante sostiene che l'abnormità comporti uno sviamento dalla funzione cui il potere è preordinato, il che si realizza quando esso, esistente ed astrattamente legittimo, venga esercitato in concreto per scopi estranei ai suoi presupposti: per una ricognizione sul tema v. BELLOCCHI A., *L'atto abnorme nel processo penale*, cit.; SANTALUCIA G., *L'abnormità dell'atto processuale penale*, cit.; ZIGNANI D., *Diniego del giudizio abbreviato: tra abnormità e conflitto di competenza*, cit., p. 98 ss. Peraltro, questa concezione del vizio di abnormità

Eppure, ciò non sembra essere stato sufficiente per far riacquisire al concetto la sua originaria identità (27): infatti, dal punto di vista dinamico, se da un lato l'abnormità assume rilievo autonomo solo quando il provvedimento risulta inoppugnabile (28), dall'altro la soluzione fornita si discosta da quella generalmente accettata nel settore penale, essendo stata prevista la possibilità di esperire un'apposita *actio nullitatis* (29), rimedio tipicamente associato ai provvedimenti inficiati da nullità radicale e consistente in un'azione di mero accertamento volta a far dichiarare, senza limiti temporali, l'inidoneità di una decisione a passare in giudicato (30).

Da ciò deriva, quindi, che non viene più ravvisato nel ricorso straordinario per cassazione il rimedio esclusivo per lamentare il vizio di abnormità. In altri termini e dal punto di vista dogmatico generale, si assiste ad una netta scissione – logica quanto giuridica – fra il momento di rilevazione del vizio e le successive vicende riguardanti l'impugnazione del provvedimento che ne è affetto (31).

richiama alla mente la categoria dell'eccesso di potere propria del diritto amministrativo, costituente motivo di illegittimità del provvedimento: essa concerne, infatti, le ipotesi di esercizio del potere discrezionale per finalità differenti rispetto a quelle astrattamente poste dalla norma giuridica: sul punto cfr. GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, II, 1993, p. 318; CARDI E. – COGNETTI S., voce *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, Torino, 1990, p. 341..

(27) Secondo TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 213, nota 413, Denti elabora un concetto di abnormità «che ne svilisce l'autonomia».

(28) In tal senso MANDRIOLI C., *In tema di invalidazione dei provvedimenti cosiddetti abnormi*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1966, p. 577, per il quale «l'abnormità non assume rilievo se non come una di quelle violazioni di regole formali con riguardo alle quali sono dettate le disposizioni degli artt. 156 ss, ivi compresa la regola della conversione», ed ancora, «i provvedimenti abnormi non vengono in rilievo sotto un profilo autonomo, con riguardo alla possibilità della loro invalidazione».

(29) Secondo DENTI V., *Note sui provvedimenti non impugnabili*, cit., p. 30, nonché ID., *In tema di provvedimenti giudiziali*, cit., p. 537, l'azione di mero accertamento è esperibile in via residuale per ogni ipotesi di invalidità del provvedimento ordinatorio definitivo non altrimenti impugnabile, a prescindere dall'entità del vizio che si fa valere. Sotto questo punto di vista, è opinione dell'A. che il concetto – ambiguo – di inesistenza giuridica, sia riferibile ai soli provvedimenti decisori. Contrario a questa impostazione dogmatica, fra gli altri, MANDRIOLI C., *L'assorbimento*, cit., pp. 102 – 103, il quale esprime scetticismo per questa soluzione interpretativa. Più cauto l'approccio di ORIANI R., voce *Nullità degli atti processuali (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 1990, p. 17: «quanto poi ai provvedimenti ordinatori non impugnabili, andrebbe svolto un esame delle singole ipotesi per controllare se sia davvero concepibile un'autonoma *actio nullitatis*». Peraltro, è opportuno osservare come, nel breve spazio di questa nota, si è inteso solo sfiorare in via di approccio la problematica concernente l'istituto dell'inesistenza giuridica, sulla quale si ritornerà ampiamente *infra* Cap. II, p. 113 ss.

(30) CALAMANDREI F., *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1951, I, p. 114.

(31) Si ribadisce che secondo Denti l'interpretazione in senso sostanziale del termine sentenza non può arrivare fino al punto di giustificare l'esperibilità del ricorso straordinario, quando il requisito della decisorietà sia il frutto esclusivo delle implicazioni patologiche dell'abnormità, essendo emanato il provvedimento in un procedimento di volontaria giurisdizione.

Dunque, il fenomeno perde in definitiva la sua doppia eccezionalità, quale espediente volto a determinare, sulla scorta dello specifico vizio, anche l'identità del mezzo di impugnazione altrimenti negato (32).

1.2. L'opera interpretativa di Jannuzzi.

In via preliminare, merita di essere evidenziato anche lo studio di Jannuzzi, il quale, con gli opportuni adattamenti, può essere assunto come modello di riferimento per la successiva indagine sull'abnormità nel diritto processuale civile.

L'Autore identifica il fenomeno in un generale scollamento del provvedimento giurisdizionale concretamente emanato rispetto alla previsione normativa astratta; scollamento che può concernere tanto l'aspetto formale, quanto quello contenutistico (33). Il vizio viene dunque rintracciato nelle ipotesi di divergenza dell'atto dal suo schema legale tipico, con un conseguente – ed inevitabile – ampliamento del catalogo della casistica.

Tali rinnovate premesse hanno consentito, a livello dogmatico, l'inclusione nel fenomeno di una peculiare casistica (34) rimasta esclusa dal raggio applicativo dell'istituto nella visione più ristretta fatta propria da Denti: l'errore del giudice nella scelta del tipo di provvedimento da adottare in ottemperanza al disposto normativo.

In ragione di ciò, Jannuzzi conia una diversa nozione per descrivere l'ampliata portata del fenomeno: nello specifico, si assiste ad una metamorfosi dal concetto di abnormità a quello di generica anomalia del provvedimento giurisdizionale (35).

(32) In ultima analisi, viene abbandonata la tradizionale visione penalistica, con la conseguenza di un oggettivo implemento del *favor* per la parte che subisce il vizio, declinato nel senso di eliminare, senza restrizioni temporali, il pregiudizio derivante dal comportamento singolare dell'organo giudicante. Tale approccio sembra peraltro il riflesso del diverso impianto sistematico cui è improntato il codice di rito: di qui, la necessità – in tesi – di inoculare il concetto di abnormità con estrema cautela, al fine di evitare inutili, laddove non pericolose, sovrapposizioni dogmatiche (su tali questioni v. *infra*, Cap. II, pp. 120 – 122, nonché *amplius* Cap. IV, Sez. I).

(33) JANNUZZI A., *Impugnazione del provvedimento decisivo anomalo*, cit., p. 2182, dopo aver descritto il concetto di abnormità, afferma appunto che «*poiché di ogni atto v'è un regolamento formale e sostanziale, l'anomalia può riguardare la forma o il contenuto dell'atto*».

(34) RICCI G. F., *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2005, p. 254, definisce l'errore di forma come «*ipotesi peregrina, ma pur sempre possibile*».

(35) Seppure nel linguaggio comune i due termini possano considerarsi come equipollenti (cfr. ZINGARELLI N., *Vocabolario della lingua italiana*, Bologna, 2016), emerge piuttosto chiaramente la volontà dell'A. di utilizzare la nozione di provvedimento anomalo al fine di ampliare i confini della categoria, sganciandosi in tal modo dalla più stringente definizione di abnormità ricavabile dalle elaborazioni avutesi nel diritto processuale penale.

Procedendo di tal guisa, l'Autore arriva a scomporre il fenomeno nella seguente casistica tripartita.

a) Sono innanzitutto rintracciabili anomalie prettamente formali del provvedimento, *id est* i casi di errore del giudice nella scelta della forma con cui rivestire la statuizione adottata: si pensi ai casi in cui viene emanata sentenza anziché ordinanza o decreto, e viceversa.

b) Si può assistere inoltre a vizi di contenuto del provvedimento che si risolvono pur sempre in anomalie formali: l'evenienza si realizza quando il giudice emana un provvedimento di forma diversa da quella prescritta a causa di un travisamento dei presupposti per la pronuncia (36).

In questi casi, l'omessa o errata disamina di circostanze oggettive a monte, si traduce in una scelta errata del tipo di provvedimento a valle, con conseguenze pregiudizievoli, per la parte, sotto il profilo dell'impugnabilità.

Volendo fornire un esempio, si consideri il caso in cui il giudice, omettendo di rilevare l'eccezione del convenuto fondata su prova scritta, emani erroneamente ordinanza per la convalida dello sfratto, anziché avviare l'*iter* per il mutamento del rito: il conduttore sarà costretto ad opporre l'ordinanza, peraltro nei limiti dell'art. 668 c.p.c., in luogo dell'instaurazione di un giudizio di appello avverso la sentenza correttamente pronunciata all'esito del procedimento locatizio (37).

c) Le anomalie del provvedimento possono peraltro concernere il suo contenuto, traducendosi in violazioni di legge attinenti alla giurisdizione.

Jannuzzi descrive tali ipotesi facendo ricorso al generale concetto di abuso della *potestas decidendi*, cioè quando il giudice decide in difetto delle condizioni necessarie per esercitare tale potere (38). In questa categoria viene attratta l'ipotesi dell'ordinanza

(36) Nel caso di specie, tratto da Cass. Civ., Sent. 5 maggio 1956, n. 1440, in *Foro Pad.*, 1956, I, p. 556, la Suprema Corte ammette l'appello nei confronti di un'ordinanza definita inoppugnabile, ma emanata nonostante la comparizione del conduttore e le sue avanzate eccezioni, fondate su prova scritta.

(37) JANNUZZI A., *Impugnazione del provvedimento*, cit., p. 2183. L'A. fornisce un ulteriore esempio: quando l'avvocato si avvale del procedimento speciale (*ratione temporis* disciplinato dagli artt. 29 e 30 l. n. 794/1942) per compensi riguardanti anche la fase stragiudiziale. In tale ipotesi, secondo l'opinione dell'A. l'ordinanza emanata all'esito del procedimento dovrebbe essere appellata, in quanto la pronuncia sul compenso maturato in via stragiudiziale avrebbe richiesto l'introduzione di un ordinario processo di cognizione. Su tali questioni si ritornerà in seguito (v. *infra* Cap. III, con riferimento ai paragrafi dedicati al principio giurisprudenziale dell'apparenza), ove peraltro si darà atto dei mutamenti di impostazione succedutisi in dottrina e giurisprudenza.

(38) JANNUZZI A., *Impugnazione del provvedimento*, cit., p. 2184. Gli ulteriori esempi forniti dall'A. concernono le ipotesi in cui mancano i presupposti processuali per la pronuncia del giudice, o quando la controversia viene decisa in assenza dell'integrità del contraddittorio.

del giudice istruttore che dichiara esecutivo il progetto di divisione ex art. 789, co. 3, c.p.c., in presenza di contestazioni (39), ovvero quando il giudice pronuncia sentenza secondo equità in assenza della concorde richiesta delle parti (40).

Infine, l'Autore attrae in questa categoria anche i casi più gravi di abuso di potere, cioè quando il giudice civile difetta del potere giurisdizionale di decidere quella determinata controversia, invadendo il campo riservato alla legge o ad un giudice speciale (41).

Per ogni gruppo di invalidità Jannuzzi individua il relativo mezzo di impugnazione: per la casistica *sub a)* e *sub b)*, esso va ricavato concedendo esclusiva rilevanza al rimedio astrattamente previsto dalla legge per il tipo di decisione che avrebbe dovuto emanarsi; per la casistica *sub c)* il rimedio è costituito dai normali mezzi di impugnazione, che a seconda dei casi saranno l'appello o il ricorso per cassazione (42), eventualmente instaurato a norma dell'art. 111 Cost. qualora la legge ordinaria non preveda l'impugnazione del provvedimento (43).

(39) Per Cass. Civ., 17 giugno 1959, n. 1902, cit., p. 2182, tale ordinanza ha «*il carattere di un provvedimento decisorio abnorme, perché non previsto da alcuna disposizione di legge, e come tale è impugnabile con ricorso per cassazione a norma dell'art. 111 Cost., non essendo disposto dalla legge alcun altro mezzo di impugnazione*».

(40) JANNUZZI A., *Impugnazione del provvedimento*, cit., p. 2185, individua il mezzo di impugnazione della sentenza secondo equità emanata in carenza dei suoi presupposti in armonia con il dettato dell'art. 339, co. 1, c.p.c., in quanto secondo l'A. il vizio di attività del giudice – per avere deciso in assenza dell'accordo delle parti – attiene piuttosto al merito della controversia e «*costituisce un posterius rispetto all'indagine sulla configurazione formale e sostanziale del provvedimento*». Giunge alle medesime conclusioni, seppure mediante una più articolata argomentazione, FURNO C., *Invalidità e impugnazione delle sentenze equitative ex art. 114 cod. proc. civ. processualmente illegittime*, in *Giur. It.*, 1954, IV, p. 1 ss., il quale dopo aver dimostrato che la sentenza emessa in carenza della concorde richiesta delle parti è illegittima, non già inesistente, continua ad individuare il mezzo di impugnazione esperibile, per ovviare all'errore, in base all'art. 339, co. 2, c.p.c., per evidenti ragioni di «*legalità e di certezza, che sono le più sicure garanzie della giustizia*», con la conseguenza che «*se il ricorso non venga proposto in termini, il passaggio in giudicato della sentenza copre e sana automaticamente ogni vizio di illegittimità processuale*». Di contrario avviso GIUDICEANDREA N., *Le impugnazioni civili*, II, Milano, 1952, p. 105, nota 2: «*sono appellabili le sentenze che il giudice ha pronunciato secondo equità sebbene mancassero le condizioni di cui all'art. 114, e ciò anche se il giudice si è richiamato a tale articolo, perché è la legge e non il giudice che può rendere inappellabile una sentenza*». I termini della disputa verranno ripresi *infra* Cap. III, Sez. II, p. 191 ss., nonché approfonditi al Cap. IV, Sez. II, p. 289 ss.

(41) JANNUZZI A., op. cit., p. 2186.

(42) Per JANNUZZI A., op. cit., p. 2186 il vizio consiste nel difetto di giurisdizione del giudice.

(43) Muovendo da tali rilievi, può ricavarsi la sostanziale adesione dell'A. alla pronuncia della Suprema Corte oggetto di annotazione, in virtù della quale l'ordinanza emanata dal giudice istruttore nel giudizio divisorio in presenza di contestazioni è provvedimento decisorio e definitivo sulla controversia, onde può essere impugnato per cassazione ex art. 111 Cost. Infatti, secondo JANNUZZI A., op. cit., p. 2185, «*si tratta, in tali casi, sempre di vizi attinenti all'esercizio della giurisdizione, contro i quali è ammesso l'appello, se tale mezzo è previsto dalla legge in relazione al provvedimento tipico, o, in mancanza, il ricorso per cassazione per violazione di legge o per motivi attinenti alla giurisdizione*», derivandone che nel caso di specie «*esattamente, pertanto, è stato ritenuto che il rimedio contro l'anomalia del giudicato fosse quello del ricorso per cassazione*».

Nell'opera di Jannuzzi, dunque, emerge con maggior chiarezza la scissione fra l'aspetto della descrizione del vizio e le regole poste di volta in volta per la sua emendabilità. Inoltre, viene decisamente ampliata la fenomenologia dell'*anomalo*, facendo ricorso ad un concetto assai lato di provvedimento abnorme, capace di ricomprendere un'indistinta e variegata gamma di invalidità.

2. La successiva dottrina avutasi sul tema: verso una nozione di stile del provvedimento anomalo o abnorme.

Nonostante le premesse per una possibile costruzione dogmatica dell'abnormità nel diritto processuale civile, successivamente al contributo di Jannuzzi tale nozione non sembra aver avuto adeguata considerazione in dottrina.

Fra i primi Autori a criticare l'autonomia del concetto si trova Mandrioli (44), il quale, dopo aver negato la rilevanza del vizio ai fini dell'esperibilità di un'apposita *actio nullitatis* (ponendosi così in aperto contrasto con il pensiero precedentemente espresso da Denti), lo ha ricondotto nell'area delle nullità per vizi formali del provvedimento, eventualmente denunciabili col ricorso straordinario per cassazione qualora il provvedimento possieda i caratteri della decisorietà e non risulti altrimenti impugnabile (45).

Ad ogni modo, nel tempo, per la sua fondamentale rilevanza sistematica in riferimento al corretto esercizio del potere di impugnazione, la dottrina dominante ha isolato, fra l'amalgama delle *anomalie*, l'evenienza del contrasto fra la forma e la sostanza del provvedimento (46).

(44) MANDRIOLI C., *In tema di invalidazione dei provvedimenti c.d. abnormi*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1966, p. 572 ss.; ID., *L'assorbimento*, cit., p. 102 ss. Gli approdi di tale A. sono in linea con la visione espressa in ID., *In tema di vizi c.d. "non formali"*, cit., *passsim*, per cui anche i vizi c.d. *extra formali* del provvedimento si traducono in invalidità formali. Sul tema v. anche le osservazioni di TARZIA G., *Profili della sentenza civile impugnabile*, Milano, 1965, p. 154 ss., spec. 181.

(45) MANDRIOLI C., *In tema di invalidazione*, cit., pp. 576 – 577.

(46) La dottrina maggioritaria ha nel tempo identificato il fenomeno dell'abnormità in tali evenienze, senza peraltro approfondire ulteriormente la dogmatica della nozione. Uno dei primi A. ad aver tentato questa via è ONDEI E., *Convertibilità dei provvedimenti del giudice?*, in *Giur. It.*, 1955, I, 1, p. 576, per il quale «quando il giudice emette un provvedimento in una forma diversa da quella prescritta (ordinanza in luogo di una sentenza) oppure emette un provvedimento ordinatorio senza che ne ricorrano i presupposti o le condizioni di ammissibilità, si entra nel campo dei provvedimenti abnormi». In seguito, per ulteriori riferimenti v. CARRATTA A., «Sostanza» del provvedimento abnorme e impugnazioni: le «sopravalutazioni formalistiche» della cassazione, in *Corriere Giur.*, 2002, 12, p. 1594, nonché ID., *Sul provvedimento giudiziale c.d. abnorme e sui limiti della prevalenza della "sostanza" sulla "forma"*, in

Il riferimento è sia al provvedimento emanato dal giudice in forma diversa da quella prescritta, sia al provvedimento emanato in difetto dei suoi presupposti (47). Tali evenienze, infatti, pongono problematiche assai peculiari, in quanto creano incertezza su quale sia – prescindendo ancora dal tipo di vizio che la parte potrà far valere – il corretto mezzo per impugnare il provvedimento, finendo in ultima analisi per condizionare la fisiologica individuazione degli strumenti di controllo (48).

L'assoluta delicatezza interpretativa sottesa a queste fattispecie traspare nel contributo di Tiscini, fra i più recenti ad aver trattato diffusamente il tema dell'abnormità, seppure sotto lo specifico profilo dell'ammissibilità del ricorso

Giur. It., 2000, p. 924, il quale identifica i provvedimenti abnormi in «*quei provvedimenti pronunciati dal giudice e aventi sostanza di sentenza, ma forma di ordinanza o decreto, e quindi sottoscritti dal solo presidente del collegio e non anche dal giudice estensore*»; nonché CALIFANO P. – PERAGO C., *Le impugnazioni civili*, Torino, 1999, p. 75: «*con particolare riferimento alla situazione del processo civile, oggetto specifico del presente studio, si è indicato con tale nozione [di provvedimento anomalo ope iudicis] il provvedimento emesso per errore del giudice in una forma diversa da quella prescritta per legge, come, ad es., un'ordinanza collegiale con la quale fossero state decise questioni di merito o al contrario, una sentenza ammissiva di prove*»; cfr. infine DE DIVITIIS P., *Sulla teoria del Meistbegündigung nel processo civile tedesco (forma e sostanza del provvedimento del giudice)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1993, p. 410, nonché BESSO C., *La sentenza civile inesistente*, Torino, 1997, p. 294, i quali, del pari, sottendono un'identificazione concettuale fra provvedimento anomalo o abnorme ed errore del giudice nella scelta del provvedimento prescritto per legge. Ad ogni modo, in disparte altri sporadici tentativi di racchiudere le evenienze entro un comune denominatore, va evidenziato che in generale lo sforzo nozionistico non ha portato a risultati utili in punto di catalogazione del vizio; viceversa, come si vedrà, sono stati raggiunti discreti risultati in relazione al problema dell'impugnabilità dei vari provvedimenti anomali riscontrati in giurisprudenza (per una approfondita analisi delle pronunce avutesi in materia v. più avanti nel testo).

(47) In manualistica MONTELEONE G., *Manuale di diritto processuale civile*, 4^a ed., I, Padova, 2007, p. 585, in riferimento all'errore nella scelta del provvedimento, parla di «*casi incerti o anomali*». Ma al di là della nomenclatura con cui viene indicato il fenomeno, la problematica dell'impugnazione avverso il provvedimento emanato in forma diversa da quella prescritta viene presa in considerazione in tutte le principali opere manualistiche: così in MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, cit.; LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, cit.; CONSOLO C., *Spiegazioni*, II, cit.; la tematica è anche accennata da LUGO A., *Manuale di diritto processuale civile*, 18^a ed., Milano, 2012.

(48) Singolare, viceversa, la visione espressa da ANNUNZIATA M., *Ancora sulla struttura del procedimento possessorio e sui mezzi di impugnazione (brevi note)*, in *Giur. It.*, 1999, p. 505; ID., *L'ordinanza "secca" in materia possessoria è provvedimento abnorme?*, in *Giur. It.*, 1998, II, p. 2254; ID., *L'ordinanza che chiude il procedimento possessorio è abnorme e ricorribile per cassazione*, in *Dir. e Giur.*, 1998, p. 85, in quanto atta a riprodurre, negli schemi del diritto processuale civile, l'originaria nozione di provvedimento abnorme dal punto di vista strutturale fornita dalla dottrina processual – penalistica. Tale A., in particolare, aveva sostenuto – prima della modifica legislativa intervenuta per risolvere le problematiche del coordinamento, all'interno del giudizio possessorio, fra tutela sommaria e successiva instaurazione del giudizio di merito – l'abnormità e, dunque, la ricorribilità diretta per cassazione ex art. 111 Cost. dell'ordinanza provvisoria ex art. 703 c.p.c. carente dell'indicazione della data dell'udienza per il prosieguo del giudizio, in quanto evenienza «*chiaramente fuori del delineato schema tipico processuale*» (ID., op. ult. cit., p. 86). Ma come già accennato, la fattispecie ha definitivamente perso rilevanza, in quanto dal 1° marzo 2006 (ovvero dall'entrata in vigore del d.l. 35/2005, conv. con mod. in l. 80/2005) le parti possono chiedere al giudice di fissare udienza qualora vogliano instaurare la successiva fase di merito del giudizio possessorio. Ad ogni modo, per il passato v. in giurisprudenza Cass. Civ., 27 luglio 2006, n. 17098, nel senso dell'abnormità della decisione e della sua conseguente appellabilità in ragione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma.

straordinario in cassazione *ex art. 111 Cost.* avverso i provvedimenti che ne siano affetti (49).

Peraltro l'Autrice, muovendo dal presupposto che l'errore di forma del provvedimento, per quanto importante, rappresenti solo una fra le varie ipotesi di abnormità (50), intesa quale generale divergenza dallo schema tipico del provvedimento (51), ha individuato due diverse manifestazioni del fenomeno. Più precisamente (52):

a) vizio di abnormità – inesistenza, o abnormità in senso stretto, denunciabile in ogni tempo mediante apposita *actio nullitatis* (53);

b) vizio di abnormità – anomalia non comportante l'inesistenza del provvedimento, come tale oggetto di sanatoria dopo la scadenza del termine per impugnare.

Mentre nel primo gruppo di ipotesi la gravità del vizio conduce all'inesistenza del provvedimento, in quanto «*emesso in totale carenza di potere (...) e perciò inidoneo al giudicato*» (54), nel secondo ordine di fattispecie la difformità dallo schema legale non è tale da impedire il passaggio in giudicato sostanziale della decisione emanata.

Inoltre, sempre con riferimento a questi ultimi casi di abnormità – anomalia, l'Autrice tripartisce gli effetti dell'accertamento giudiziale in relazione alla loro entità.

Dunque, sul presupposto che il vizio venga denunciato dinanzi alla Suprema Corte *ex art. 111 Cost.*, la parte otterrà:

(49) TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., *passim*.

(50) Tali rilievi prendono consistenza dopo aver constatato l'operato della giurisprudenza nel corso degli anni in tema di abnormità, di cui l'A. fornisce un'ampia elencazione. Ad ogni modo, prima di intraprendere l'analisi delle principali fattispecie di abnormità ricavate dalla giurisprudenza (su cui *infra* cap. IV, diffusamente nella Sez. I), si reputa opportuno fornire un'ottica complessiva del fenomeno.

(51) TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 204: «*il collegamento fra provvedimenti abnormi e regole sulla forma – sostanza si giustifica solo in parte. In linea generale, è corretto ritenere che provvedimento abnorme sia quello in cui alla forma prescritta dalla legge non corrisponde il contenuto sostanziale che quella forma dovrebbe rappresentare, perché il giudice che ha esercitato il potere non ha rivestito quel potere della corretta forma. Senonché, questa è solo una delle ipotesi rientranti nella vasta casistica dei provvedimenti abnormi: di abnormità – intesa quale divergenza dagli schemi legali – si può parlare tanto per il conflitto tra forma e sostanza, quanto per qualunque altra manifestazione di eccesso – carenza – straripamento del potere giurisdizionale rispetto ai suoi schemi tipici. Sotto il nomen provvedimenti abnormi vanno pertanto incluse varie tipologie di abnormità, a ciascuna delle quali corrisponde un diverso mezzo di impugnazione – riesame*».

(52) Ancora TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit. p. 224. In precedenza ID., *Actio nullitatis, provvedimenti inesistenti e abusi di procedura*, in *Fall. e altre Proc. Conc.*, II, 2, p. 137 ss.

(53) Cfr. ancora TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 220 – 223: per l'A., un esempio di abnormità in senso stretto concerne la materia fallimentare, quando il giudice delegato emana, in totale carenza di potere, il decreto di acquisizione *ex art. 25 l. fall.* con funzione apprensiva di beni appartenenti a terzi (Cass. Civ., 4 luglio 2002, n. 9692, in *Fall.*, 2003, p. 272; Cass. Civ., 15 novembre 2000, n. 11797; Cass. Civ., 14 luglio 1997, n. 6353, in *Fall.*, 1998, p. 178).

(54) TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 215.

*b*₁) la cassazione senza rinvio, come nel caso di illegittima dichiarazione di esecutività, da parte del giudice istruttore, di un verbale di conciliazione (55);

*b*₂) la cassazione con rinvio, come nelle ipotesi di errore del giudice nella scelta della forma con cui rivestire la decisione emanata (56), ovvero nelle decisioni emesse in procedimenti speciali nonostante l'assenza dei presupposti (57);

*b*₃) la cassazione sostitutiva del provvedimento impugnato, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto (58).

In definitiva, dunque, il vizio abnormità viene graduato su più livelli, fino a ricomprendere le ipotesi dell'inesistenza giuridica; di riflesso, stando a questa

(55) Così Cass. Civ., 20 giugno 1990, n. 6204, in *Giust. Civ. Mass.*, 1990, in riferimento all'ipotesi del conferimento di esecutività al verbale di conciliazione redatto dal consulente tecnico fuori dalle ipotesi regolate dall'art. 199 c.p.c. Altro esempio riportato dall'A. è Cass. Civ., 15 settembre 1992, n. 10546: la vicenda concerne una controversia in materia di rivendicazione immobiliare, risolta in modo anomalo mediante decreto del giudice delegato della procedura fallimentare, da cui era dapprima disceso un reclamo endofallimentare, ed in seguito, un ricorso straordinario per cassazione. La Suprema Corte cassa senza rinvio il provvedimento impugnato sulla scorta delle seguenti deduzioni: «*va infatti eliminata una sequenza procedimentale che non poteva svolgersi nella forma in cui di fatto si è svolta*», in quanto la controversia avrebbe dovuto decidersi nelle forme di un'opposizione articolata in tre gradi di giudizio e decisa con sentenza. Ad ogni modo, la disomogeneità della classificazione riportata dall'A. in via esemplificativa traspare da Cass. Civ., 12 settembre 1995, n. 9628, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, p. 1636, la quale, ammesso il ricorso straordinario, accerta l'inesistenza giuridica del provvedimento *de quo* in quanto emanato «*non già dal pretore dirigente della pretura, ma dal dirigente della sezione lavoro, e in relazione ad un rapporto professionale di contestata esistenza*».

(56) Si avrà modo di dar conto in seguito, peraltro, che in tali ipotesi la giurisprudenza, nell'applicazione del principio di prevalenza della sostanza sulla forma, finisce (talvolta, e precisamente nelle ipotesi in cui il giudice collegiale emana ordinanza o decreto anziché sentenza) per affermare l'inesistenza giuridica del provvedimento emanato, creando evidente confusione sistematica.

(57) Cass. Civ., 1 settembre 1993, n. 9247, in *Giur. It.*, 1994, I, p. 568; v. anche Cass. Civ., 30 maggio 1997, n. 4868, in *Foro It.*, 1997, I, p. 2461, per cui «*il provvedimento con il quale il giudice delegato disponga - come nella specie - l'ammissione al passivo in difformità dai rilevati presupposti è abnorme e avverso di esso, in quanto avente ad oggetto diritto soggettivo, è esperibile ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111, secondo comma, della Costituzione*».

(58) A dire il vero, dalla lettura delle pronunce di legittimità riportate da TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 214, nota 419, si evincono conseguenze giuridiche diverse da quelle prospettate dall'A. Anzitutto, Cass. Civ., 7 marzo 1996, n. 1818, in *Giust. Civ. Mass.*, 1996, p. 309, per il caso della dichiarazione di esecutività del progetto di divisione ex art. 789, co. 3, c.p.c. pronunciata in assenza della previa comunicazione alle parti della data di udienza fissata, ma senza conseguenze pregiudizievoli per le stesse, rigetta l'impugnazione promossa. Del pari, Cass. Civ., 9 settembre 1997, n. 8765, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, p. 1656, in tema di inosservanza del termine per proporre opposizione agli atti esecutivi, rigetta l'impugnazione di legittimità ritenendola infondata. Infine, Cass. Civ., 7 agosto 1996, n. 7245, in *Giust. Civ. Mass.*, 1996, p. 1124, la quale, pronunciando sull'impugnazione di due provvedimenti – il primo concernente l'ordinanza di convalida emanata su opposizione a sanzione amministrativa ex art. 23 l. 689/1981 ed il secondo emanato a seguito dell'istanza di revoca della stessa (ordinanza di rigetto) –, cassa con rinvio il primo per vizio di contraddittorio derivante dall'omessa comunicazione di rinvio dell'udienza, alla quale la parte non aveva partecipato, nonché dichiara inammissibile l'impugnazione avverso il secondo.

impostazione, l'identità dei rimedi volti ad eliminare il vizio della statuizione varierà in base al tipo di abnormità posta in essere dal giudice (59).

Peraltro, il problema del rapporto fra contenuto e forma dei provvedimenti giudiziali, con evidenti riflessi sul piano del corretto esercizio del diritto all'impugnazione, si riscontra in un altro gruppo eterogeneo di fattispecie, in relazione alle quali, in passato, parte della dottrina ha dedicato attenzione: il riferimento è ai casi in cui il vizio, di per sé, non consiste nell'emanazione di un determinato provvedimento al posto di un altro, bensì nell'errata qualificazione dell'azione proposta dalle parti o del tipo di tutela richiesta (60).

Ne costituisce esempio il binomio costituito dalle opposizioni all'esecuzione *ex art. 615 c.p.c.*, ovvero agli atti esecutivi ai sensi dell'*art. 617 c.p.c.* (61): mentre le prime culminano nell'emanazione di sentenze soggette agli ordinari mezzi di impugnazione (*in primis* all'appello), le seconde, essendo dalla legge definite come «*non impugnabili*» (62), risultano esclusivamente ricorribili per Cassazione *ex art. 111 Cost.* (63). Anche in questi casi assume rilievo fondamentale, ai fini dell'identità del mezzo di impugnazione

(59) La classificazione ripercorre pressoché testualmente la suddivisione effettuata da TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., pp. 214 – 217; in precedenza anche ID., *Decisione per decreto dell'opposizione agli atti esecutivi: note sulla impugnazione del provvedimento abnorme*, in *Riv. Es.*, 2002, p. 137 ss. Su tali dibattute questioni, per il momento riportate nel testo in via didascalica, si ritornerà approfonditamente più avanti, quando l'analisi sarà direttamente rivolta all'operato giurisprudenziale in tema di abnormità. Ed in effetti, tale fenomeno ha avuto origine e sviluppo principalmente grazie agli incentivi – nel *male* (momento genetico patologico) e nel *bene* (soluzione dell'*impasse*) – forniti dalla giurisprudenza.

(60) In argomento ORIANI R., *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, p. 207 ss.

(61) Inoltre, si pensi alle vicende concernenti la qualificazione del tipo di domanda promossa dinanzi al giudice di pace, in virtù del separato regime previsto per le sentenze da egli emesse secondo equità, così come alla pronuncia del tribunale secondo equità *ex art. 114 c.p.c.* nonostante l'assenza di richiesta concorde delle parti, ovvero a quelle inerenti la qualificazione del procedimento arbitrale instaurato come rituale piuttosto che irrituale, dato – anche in queste ipotesi – il diverso trattamento giuridico delle relative fattispecie. Ad ogni modo, come detto su tali problematiche si ritornerà in seguito.

(62) Così l'attuale *art. 618, co. 3, c.p.c.*, dopo che con l'*art. 49, l. 69/2009*, è stata ristabilita l'originaria distinzione di regime fra le sentenze emanate in materia di opposizione all'esecuzione e quelle emanate all'esito di opposizioni agli atti esecutivi, temporaneamente modificata con l'*art. 14, l. 52/2006*.

(63) Per una bibliografia di riferimento: OLIVIERI R., *L'opposizione all'esecuzione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2003, p. 237; VACCARELLA R., voce *Opposizione all'esecuzione*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990; ORIANI R., voce *Opposizione all'esecuzione*, in *N.ssim. Dig. It.*, app., V, Torino, 1984, p. 516; ID., voce *Opposizione all'esecuzione*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, XXIII, Torino, 1995, p. 627; BUCOLO F., *L'opposizione all'esecuzione*, Padova, 1982; MANDRIOLI C., voce *Opposizione all'esecuzione ed agli atti esecutivi*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 431; GARBAGNATI E., voce *Opposizione all'esecuzione*, in *N.ssim. Dig. It.*, XI, Torino, 1965, p. 1068; VECCHIONE R., *Questioni in materia di opposizione nel processo di esecuzione*, in *Temi*, 1952; LIEBMAN E. T., *Le opposizioni di merito del processo di esecuzione*, Roma, 1936.

esperibile, l'erronea qualificazione, ad opera del giudice, del tipo di opposizione promossa dal debitore (64).

Per tali ragioni, il compito della presente trattazione sarà anche quello di verificare, da un lato, la possibile qualificazione del vizio in termini di abnormità; nonché, dall'altro, vagliare le soluzioni dottrinali e giurisprudenziali fornite per ovviare a tali tipi di problematiche.

3. La predisposizione delle coordinate entro cui affrontare lo studio dell'abnormità nel diritto processuale civile.

Dai precedenti paragrafi, dedicati alla genesi nonché agli sviluppi dell'abnormità nel diritto processuale civile, si può evincere che il fenomeno può essere – non meglio – identificabile in un generale scollamento tra prescrizione di legge astratta ed attuazione concreta della fattispecie, che varia di intensità (gravità) a seconda dei casi. Orbene, tale «definizione», certamente omnicomprensiva, non aiuta di certo a far chiarezza sull'eventuale riconducibilità del vizio a schematiche autonome ed uniformi.

Infatti, nonostante i vari tentativi dottrinali tesi a razionalizzare la variegata casistica di un fenomeno che, di per sé, rischia la dispersione nei meandri delle vicende applicative giudiziarie, l'abnormità del provvedimento processuale civile è pur sempre rimasta un concetto estremamente elastico e multiforme (65).

Prescindendo per il momento da ogni possibile teoria ricostruttiva (66), può infatti constatarsi che, nel tempo, fattispecie di abnormità sono state ravvisate nei casi di errore del giudice nella scelta del provvedimento da adottare, nel travisamento dei presupposti per la pronuncia emanata nel corso di procedimenti speciali (67), nell'errata

(64) Si sono in vario modo interessati alla problematica LUISO F. P. – VACCARELLA R. (a cura di), *Le impugnazioni civili*, Padova, 2013, p. 200; PUNZI C., *Il processo civile*, cit., p. 352; VERDE G., *Profili*, cit., p. 291; ORIANI R., *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit., p. 207 ss.; COREA U., *Regime impugnatorio e principio dell'apparenza nel processo esecutivo*, in *Giust. Civ.*, 1999, p. 1434; GIORGIETTI M. C., *I limiti del c.d. principio dell'apparenza nell'opposizione a precetto*, in *Riv. Es. Forz.*, 2000, p. 124; PORCELLI G., *La qualificazione delle opposizioni esecutive dopo la riforma*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2008, p. 371; GIORGIETTI M. C., *I limiti del c.d. principio dell'apparenza nell'opposizione a precetto*, in *Riv. Es. Forz.*, 2000, p. 124; ANDRIOLI V., *Lezioni*, cit., p. 487.

(65) Ammonisce TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 213, nota 414, che i tentativi di catalogare in astratto l'abnormità sono «destinati peraltro a risolversi in un nulla di fatto, o comunque a produrre risultati certamente sterili».

(66) Le opportune riflessioni verranno effettuate nella parte conclusiva dell'elaborato.

(67) Va segnalato che la dottrina interessatasi al fenomeno, seppure non abbia affermato espressamente la riconduzione del fenomeno al manto dell'abnormità, sembra trattare in modo congiunto

qualificazione dell'azione da parte del giudice, ovvero in altre circostanze residuali, accomunate se non altro dalla loro estraneità rispetto al dettato normativo (68).

Ad ogni modo, sulla scorta dei dati finora raccolti ed in via preliminare all'ulteriore corso della trattazione, si reputa necessario illustrare le coordinate giuridiche di riferimento entro cui l'abnormità sembra muovere nel diritto processuale civile.

La constatazione da cui partire è che la descrizione del vizio a livello statico non esaurisce l'analisi del fenomeno nel suo complesso; di riflesso, è indispensabile ragionare su quale debba essere il corretto rimedio esperibile avverso il provvedimento. Ciò, peraltro, significa traslare l'attenzione su un distinto piano concettuale, seppur attiguo: le possibili teorie concernenti la modalità di impugnazione del provvedimento anomalo o abnorme (69).

Si vedrà in seguito come quest'ultima tematica, vista la pregnante incidenza pratica nella realtà processuale, ha finito per assumere preminenza nelle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, a discapito dei tentativi volti ricostruire una sistematica omogenea dell'intera casistica, della cui autonomia sul piano concettuale si dubita fortemente in dottrina (70).

Ad ogni modo, limitando per il momento l'analisi alla rinnovata veste del fenomeno, si può affermare che:

le due casistiche, per lo più recependo gli insegnamenti della giurisprudenza nel senso dell'applicazione del principio dell'apparenza. Considerazioni autonome merita invece ANDRIOLI V., *Lezioni*, cit., pp. 487 – 488, il quale dopo aver vagliato criticamente le soluzioni fornite nei casi di errore nella qualificazione dell'azione proposta dalla parte, aveva invocato l'applicazione nelle vicende del processo civile dell'errore scusabile di matrice amministrativa.

(68) Per il momento si rinvia *sic et simpliciter* alle numerose pronunce riportate da TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., *passim*, con la precisazione che l'ampliamento di prospettiva è avvenuto a partire dallo studio di JANNUZZI A., *Impugnazione del provvedimento decisorio anomalo*, cit., *passim*. In seguito, dopo aver ripreso le fila del discorso con l'analisi dell'operato giurisprudenziale, si trarranno le opportune considerazioni sulla casistica del provvedimento anomalo o abnorme.

(69) La problematica è esclusiva del diritto processuale civile. Nel processo penale, infatti, seppure sia teoricamente possibile una distinzione concettuale fra rilevazione del vizio e sua impugnabilità, dal momento che l'art. 111 Cost. costituisce l'esclusivo rimedio esperibile, i due aspetti finiscono per integrarsi a vicenda, creando un fenomeno unitario.

(70) Come già rilevato, i tentativi volti ad autonomizzare le peculiarità dell'abnormità rispetto agli ulteriori vizi che possono affliggere il provvedimento del giudice sono destinati a produrre risultati sterili. In questa sede cfr. anche LATELLA M. T., *Decisione sull'estinzione del processo: forma, sua patologia ed impugnazioni*, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, p. 311, secondo la quale gli sforzi sono stati «*numerosi, e talora vani*».

a) cambia, rispetto al processo penale, il rapporto dell'abnormità con il principio di tassatività delle impugnazioni (71);

b) risulta evidente il collegamento della categoria alla tematica dell'invalidità degli atti processuali: l'evenienza aprirà il campo al controverso rapporto che lega l'abnormità ad altre fattispecie, quali la nullità e l'inesistenza giuridica del provvedimento giurisdizionale (72).

4. L'abnormità ed il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione.

Sono state analizzate, nel primo capitolo, le esigenze storiche sottese alla creazione dell'abnormità nel diritto processuale penale. Oltre al vuoto di tutela creatosi a seguito dell'abolizione del ricorso nell'interesse della legge, ha assunto fondamentale rilievo la volontà di ovviare alla tassatività dei mezzi di impugnazione (73).

Anche nel processo civile vige il principio di tassatività (74), in quanto non possono essere ammesse impugnazioni *«all'infuori delle ipotesi e delle regole stabilite dalla legge»* (75).

(71) Su cui v. appresso nel testo.

(72) A tal proposito, si analizzeranno le diverse fattispecie di invalidità, al fine di vagliare il rapporto fra di esse sussistente; in particolare, dall'analisi effettuata, emergeranno tutte le difficoltà nel tracciare nette linee di confine, se non addirittura nel distinguere fra loro i concetti.

(73) V. ancora *retro* Cap. I, Sez. I, spec. p. 9.

(74) Secondo l'opinione di TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 216, nota 430, *«anche nel processo civile vige la regola della tassatività delle impugnazioni; tuttavia, essa (a parte gli artt. 323 e 324 c.p.c. operanti nel processo ordinario) non è codificata in una norma analoga all'art. 568 c.p.p., bensì è il derivato di principi immanenti dell'ordinamento, operanti per qualunque procedimento contenzioso, ma implicitamente»*.

(75) Così PROVINCIALI R., *Sistema delle impugnazioni civili secondo la nuova legislazione*, Padova, 1943, p. 19. Per l'A. esiste un legame indissolubile fra potere di impugnazione in capo alla parte, che nasce con l'emanazione del provvedimento, e mezzo di impugnazione, che costituisce la fase attiva del suo esercizio; tale potere è tassativamente disciplinato dalla legge. Il tema risulta pacifico in dottrina: volendo limitare l'analisi bibliografica ai contributi essenziali per lo sviluppo del principio, v. CARNELUTTI F., *Istituzioni del processo civile italiano*, II, 5^a ed., Roma, 1956, p. 125; SATTA S., voce *Impugnazione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, p. 697; CERINO CANOVA A. – CONSOLO C., voce *Impugnazioni: I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1990, p. 1 ss.; BONSIGNORI A., voce *Impugnazioni civili in generale*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, IX, Torino, 1993, pp. 334 – 335; CERINO CANOVA A., voce *Impugnazioni (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, p. 2; ID., *Le impugnazioni*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1978, p. 502; da ultimo, cfr. per chiarezza e concisione CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 10^a ed., II, Padova, 2015, p. 416, per il quale *«la legge prevede tassativamente (art. 323) e regola in modo dettagliato (artt. 339-408) le impugnazioni ammesse contro le sentenze, ciascuna con funzioni, caratteristiche e disciplina proprie»*. In questo senso, in manualistica, anche VERDE G., *Diritto processuale civile*, 2^a ed., II, Bologna, 2010, p. 179 ss.; PUNZI C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, 2^a ed., II, Torino, 2010, p. 351 ss.; BALENA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2^a ed., II, Bari, 2012, p. 315; MONTELEONE G., *Manuale di diritto processuale civile*, 6^a ed., I, Padova, 2012, p. 591; LUISO F. P., *Diritto processuale*

Nello specifico, è stato correttamente osservato che il principio di tassatività deve essere inteso nella duplice direzione della previsione legislativa dell'impugnazione e, quando questa sia consentita, della determinazione del mezzo specificamente indicato (76).

Tale regola si ricava dalla sommatoria di numerose disposizioni: infatti, posto che il codice di procedura civile non indica espressamente, a dispetto di quanto avviene nel processo penale, la vigenza generale del principio, sta all'interprete verificare caso per caso se la legge ha previsto per quel determinato tipo di provvedimento il relativo mezzo di impugnazione; in caso negativo, la decisione rimane inoppugnabile, salvo l'esperimento del ricorso straordinario in cassazione *ex art. 111 Cost.* qualora ricorrano i presupposti (77). Per quanto concerne la disciplina contenuta nel libro II del codice di rito, la disposizione di riferimento è l'art. 323 c.p.c. (78), il quale elenca gli specifici rimedi esperibili avverso la sentenza (79): essi sono l'appello, il ricorso per cassazione, la revocazione e l'opposizione di terzo (80), nonché il regolamento di competenza avverso la relativa pronuncia (81) nei casi previsti dalla legge (82).

civile, 7^a ed., II, Milano, 2013, p. 276; MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, 23^a ed., II, Torino, 2014, p. 426.

(76) Sul punto, per tutti, CARNELUTTI F., *Istituzioni del processo civile italiano*, cit., p. 125: «*i procedimenti d'impugnazione (art. 323 c.p.c.) sono limitati quanto al numero e quanto ai presupposti*».

(77) Per l'analisi dei presupposti di ammissibilità del ricorso straordinario in cassazione v. più specificamente *infra* Cap. III, Sez. I, p. 134 ss.

(78) Stando al disposto dell'art. 323 c.p.c., «*i mezzi per impugnare le sentenze, oltre al regolamento di competenza nei casi previsti dalla legge, sono: l'appello, il ricorso per cassazione, la revocazione e l'opposizione di terzo*».

(79) Per SATTA S., voce *Impugnazione (dir. proc. civ.)*, cit., p. 698, l'art. 323 c.p.c. presuppone che il provvedimento da impugnare sia una sentenza che abbia la caratteristica di inserirsi nel processo con l'effetto di concluderlo; se tali requisiti mancano il provvedimento emanato non può essere considerato sentenza, con la conseguenza che esso sarà in ogni tempo contestabile in quanto nullo. L'A., nel fornire queste coordinate essenziali, sembra prescindere dal fenomeno oggetto della presente trattazione, ovvero la situazione patologica del provvedimento emanato in forma diversa da quella prescritta, nonché dai riflessi problematici che ciò implica nella prospettiva dell'individuazione del corretto mezzo di impugnazione. Volendo sintetizzare fin d'ora i termini della problematica, si pensi al caso in cui il giudice emani ordinanza per decidere nel merito ed in via definitiva la controversia: può applicarsi egualmente l'art. 323 c.p.c., oppure la disposizione spiega i suoi effetti solo riguardo provvedimenti effettivamente qualificabili come sentenza? In altri e più simbolici termini: prevale la disciplina di legge dettata per la fattispecie astratta o l'operato concreto del giudice, seppur erroneo? Tali tematiche saranno ampiamente trattate nel corso dell'elaborato.

(80) Nello spazio di questa nota si intende delineare sinteticamente i poli del dibattito dottrinale circa la natura impugnatoria o meno dell'opposizione di terzo *ex art. 404 c.p.c.* Nella prima direzione muove CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, p. 652 ss., per il quale il rimedio in esame assume carattere sostitutivo, dovendosi considerare i requisiti indicati dall'art. 404 c.p.c. alla stregua di condizioni di ammissibilità dell'impugnazione proposta, nonché PROTO PISANI A., *L'opposizione di terzo ordinaria. Art. 404 1° comma c.p.c.*, Napoli, 1965, p. 683 ss., spec. p. 697. Concordi con tale impostazione anche NICOLETTI C. A., voce *Opposizione di terzo*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 479; FABBRINI G., *L'opposizione ordinaria di terzo nel sistema dei mezzi di*

A completamento del quadro vigono ulteriori disposizioni, dettate dal codice di rito in relazione ai vari procedimenti speciali disciplinati nel libro IV (83): anche in questo caso la regola è che la legge, di volta in volta, indica il mezzo di impugnazione esercitabile avverso i relativi provvedimenti conclusivi (84); qualora manchi l'indicazione espressa, la statuizione è da considerarsi incontestabile salva l'eventuale operatività dell'art. 111, co. 7, Cost.

A titolo meramente esemplificativo, mentre l'ordinanza cautelare è reclamabile ex art. 669 *terdecies* c.p.c., il decreto ingiuntivo può innanzitutto essere contestato con opposizione ai sensi dell'art. 645 c.p.c. entro 40 giorni dalla notifica, ovvero, dopo la

impugnazione, Milano, 1968, p. 219 ss.; GIUDICEANDREA N., *Le impugnazioni civili*, II, cit., p. 439 ss.; LIPARI, *Caratteri e presupposti dell'opposizione di terzo*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1926, I, p. 30. Di opposto avviso TAVORMINA V., *Contributo alla teoria dei mezzi d'impugnazione delle sentenze*, Milano, 1990, p. 125 ss., per il quale l'opposizione può essere assimilata all'azione c.d. pauliana, con la conseguenza che la decisione sul giudizio di opposizione lascia inalterato il giudicato formatosi fra le parti originarie, risolvendosi la nuova statuizione in termini di incompatibilità fra i diversi rapporti. Allineato con tali conclusioni LUISO F. P., voce *Opposizione di terzo*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 1, nonché, in passato, VOCINO C., *Sul processo col preteso rappresentante*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1946, II, p. 502; SEGNI A., voce *Intervento in causa*, in *N.vo Dig. It.*, VII, Torino, 1938, p. 962; COSTA S., *L'intervento in causa*, Torino, 1953, pp. 317 – 318. Più sfumata l'opinione di CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, II, cit., pp. 223 – 224, il quale, tracciata l'ormai nota distinzione fra mezzo di gravame ed azione di impugnativa, ravvisa nel rimedio *de quo* la caratteristica da ultimo enunciata. Sul rapporto concorrenziale fra l'opposizione di terzo ed i restanti mezzi di impugnazione v. ancora FABBRINI G., *L'opposizione ordinaria di terzo*, cit., p. 250 ss.; CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili*, cit., p. 665; LUISO P. F., voce *Opposizione di terzo*, cit., p. 10; CECHELLA C., *L'opposizione del terzo alla sentenza*, Torino, 1995, p. 137; CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2006, p. 263.

(81) Dopo l'entrata in vigore della l. n. 69/2009, vale a dire dopo il 4 luglio 2009, le decisioni del giudice rese sulla propria competenza a statuire in giudizio debbono assumere la forma dell'ordinanza.

(82) Sul senso di questa precisazione v. in particolare SATTA S., voce *Impugnazione (dir. proc. civ.)*, cit., p. 697, per il quale la restrizione è stata necessaria in considerazione del fatto che non è dato considerare mezzo di impugnazione il regolamento di competenza c.d. d'ufficio di cui all'art. 45 c.p.c.

(83) In manualistica, critico circa la riconduzione ad omogeneità dei vari procedimenti speciali disciplinati nel libro IV del codice di rito MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, III, cit., p. 9, non avendo essi «*altro in comune se non la loro specialità*». Per PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, 5ª ed., Napoli, 2010, pp. 544 – 551, la variegata disciplina fornita dal legislatore per i procedimenti speciali dovrebbe rispecchiare la diversificata esigenza di tutela sottesa a livello sostanziale, che a sua volta giustifica una deroga rispetto alle regole del processo ordinario di cognizione. Per ulteriori approfondimenti sulla complessa tematica delle tutele giurisdizionali diversificate si rinvia ai principali studi di PROTO PISANI A., *Le tutele giurisdizionali dei diritti: studi*, Napoli, 2003; ID., *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro It.*, 2002, V, p. 165 ss.; LANFRANCHI L. (a cura di), *Giusto processo civile e procedimenti decisorii sommari*, Torino, 2001; ARIETA G., *Le tutele camerali dei diritti. Dalla giurisdizione volontaria alla giurisdizione camerale*, Camerino, 1999; MONTESANO L., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981; in argomento anche CALAMANDREI P., *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Milano, 1926.

(84) Per tutti PROVINCIALI R., *Delle impugnazioni in generale*, Napoli, 1962, p. 172, per il quale anche in questi casi «*l'impugnazione di un provvedimento non può esser fatta se non mediante l'apposito mezzo strumentale che la legge prevede allo scopo (principio della tassatività delle impugnazioni)*».

scadenza del suddetto termine, impugnando lo stesso per revocazione *ex art.* 395, n. 1, 2, 3, 4 e 6, c.p.c. o mediante opposizione di terzo revocatoria (85).

Come si ricorderà, inoltre, sono stati analizzati, nella parte dedicata all'evoluzione del concetto abnormità nel settore penale, gli effetti dirompenti dell'art. 111, co. 7, Cost., in punto di tassatività (86).

Ebbene, posta la valenza generale della regola costituzionale, anche il sistema processuale civile ha assorbito integralmente l'urto della novella costituzionale: va dunque in questa sede ribadito che, in via di principio, la mancata previsione del rimedio esperibile avverso un provvedimento non comporta necessariamente la sua inoppugnabilità, se quest'ultimo possiede i connotati per essere considerato come sentenza in senso sostanziale (87).

Tali requisiti, che discendono da un'ermeneutica consolidata della Corte di Cassazione inaugurata a partire dagli anni '50, consistono nella decisorietà e definitività del provvedimento giurisdizionale (88). La possibilità di impugnazione (quantomeno) in sede di legittimità, dunque, soddisfa le esigenze di tutela della parte soccombente, tese ad evitare che la decisione emanata acquisti – inevitabilmente – autorità di giudicato sulla situazione sostanziale dedotta in giudizio (89).

Orbene, ricapitolando sinteticamente:

(85) Proseguendo l'elencazione con l'indicazione delle ipotesi più rilevanti, oltre alle opposizioni previste al libro IV del codice contro i provvedimenti del giudice dell'esecuzione (art. 615 ss. c.p.c.), l'attenzione deve essere posta all'art. 665 c.p.c. per l'opposizione avverso nel procedimento di convalida per sfratto o finita locazione, eventualmente dopo l'avvenuta convalida *ex art.* 668 c.p.c.; all'art. 702 *quater* c.p.c. che prevede l'appello avverso l'ordinanza emanata nel processo sommario di cognizione; all'art. 708 c.p.c. che disciplina il reclamo avverso l'ordinanza presidenziale nel giudizio di separazione fra coniugi; all'art. 827 c.p.c. che prevede gli specifici strumenti per impugnare il lodo rituale emesso nel procedimento arbitrale.

(86) V. *retro* Cap. I, Sez. I, p. 17 ss.

(87) Per chiarificare il discorso può prendersi a modello l'evoluzione del pensiero di PROVINCIALI R., *Delle impugnazioni in generale*, cit., p. 171, il quale, alla luce dell'art. 111 Cost., alleggerisce il precedente rigore sistematico adottato, così affermando: «è inaccettabile (arg. art. 111 della costituzione) ritenere, in via di principio, la inoppugnabilità dei provvedimenti del giudice». Infatti, in passato, ID., *Sistema delle impugnazioni civili*, cit., pp. 96 – 97, era giunto ad opposte conclusioni, sul presupposto che «è esclusivamente la legge a stabilire quali sono i provvedimenti impugnabili (impugnabilità oggettiva), esclusa qualunque interpretazione estensiva; se la legge non prevede l'impugnabilità (...) il provvedimento è inimpugnabile».

(88) Questa la massima di Cass. Civ., sez. un., 30 luglio 1953, n. 2593, in *Foro It.*, 1953, I, p. 1218: «a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 111 della Costituzione, tutti i provvedimenti decisorii, ancorché siano dichiarati sentenze non impugnabili o siano definiti ordinanze dalle leggi anteriori, sono impugnabili con ricorso alla Cassazione per violazione di legge». Per ogni profilo di analisi v. *infra* Cap. III, Sez. I, p. 134 ss.

(89) GIUDICEANDREA N., *Le impugnazioni civili*, I, cit., p. 7, precisa che l'autorità di giudicato sostanziale «spetta esclusivamente alle decisioni sul merito della causa, ossia provvedimenti decisorii del rapporto sostanziale».

a) nel processo civile, come in quello penale, vige il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione;

b) l'art. 111, co. 7, Cost., ha sortito in egual misura i suoi effetti sul principio di tassatività delle impugnazioni, nel settore civile come in quello penale.

Eppure, va dato atto che nel processo civile, a differenza di quello penale, da un lato, il vizio di abnormità non è stato collegato direttamente alla tematica dell'inoppugnabilità del provvedimento giurisdizionale; dall'altro, nonché in conseguenza di ciò, la denuncia del vizio non avviene necessariamente attraverso l'esperimento del ricorso straordinario in cassazione (90).

Questa vistosa divergenza trova parziale spiegazione analizzando *in primis* la scansione cronologica degli eventi: nel processo civile, infatti, il fenomeno inizia ad assumere rilevanza in epoca successiva all'entrata in vigore della Carta Costituzionale, ovvero in un contesto nel quale il principio di tassatività risultava affievolito e l'abnormità era stata già trasfusa nel campo dei motivi di impugnazione.

Ad ogni modo, tale constatazione non può giustificare appieno il cambio di rotta, essendo riscontrabili nelle elaborazioni della dottrina processual – civilistica anche irriducibili valutazioni di opportunità: innanzitutto, l'abnormità (*rectius*: anormalità) non è più considerata prerogativa esclusiva dei provvedimenti inoppugnabili per il legislatore ordinario (91); in secondo luogo, le maglie del vizio risultano oltremodo elasticizzate, derivandone un'eclissi – in armonia con l'impianto codicistico (92) – della sua indole derogatoria rispetto ai motivi di nullità legislativamente previsti.

Peraltro, tali ultimi cenni non possono che costituire l'*incipit* per sviluppare riflessioni concernenti la sistematizzazione dell'abnormità nel prisma delle invalidità processuali civili; questioni, queste ultime, che saranno oggetto di approfondimento nei seguenti paragrafi.

5. L'abnormità e la teoria dell'invalidità.

(90) Come si ricorderà, infatti, nel processo penale l'entrata in vigore della Costituzione ha avuto l'effetto di individuare nel ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111 Cost.* l'esclusivo rimedio esperibile avverso i provvedimenti abnormi. Ciò, peraltro, costituisce un'inevitabile conseguenza, se si considera che, per definizione, il provvedimento abnorme è tale in quanto viziato eppure inoppugnabile.

(91) Peraltro, questa *metamorfosi* degli effetti giuridici del vizio al variare del tipo di provvedimento che ne è inficiato, di certo non contribuisce a chiarificare la reale portata dell'istituto.

(92) *Infra* Cap. II, p. 102 ss.

Attraverso l'analisi finora compiuta, è stato visto come l'abnormità venga generalmente considerata alla stregua di un vizio che affligge il provvedimento.

Anche in questa parte dell'elaborato specificamente dedicata all'abnormità nel processo civile, dunque, risulta necessario trattare il delicato tema della disciplina delle invalidità, con lo scopo di ottenere un quadro sistematico di insieme entro cui poter inserire il fenomeno in questione.

A tal proposito, si procederà nei seguenti termini: dopo aver previamente analizzato la nozione di atto processuale civile, verrà concentrata l'attenzione sulle diverse fattispecie (93) di invalidità dello stesso (94); dopodiché, sulla base delle risultanze raggiunte, si analizzerà il rapporto intercorrente fra la nullità e l'inesistenza giuridica (95), nonché fra esse e l'abnormità.

5.1. Premessa: l'individuazione dell'atto processuale civile.

(93) Come già visto *retro* Cap. I, Sez. II, p. 30 – 32 quando è stato analizzato il fenomeno dell'invalidità nel diritto processuale penale, posto che l'atto risulta essere validamente emanato solo quando esso, giuridicamente esistente e perfetto dal punto di vista formale, sia idoneo a realizzare gli effetti che è destinato a produrre per legge, il fenomeno dell'invalidità può frazionarsi in differenti classi di valore al variare dell'entità del vizio che affligge l'atto (su cui a breve nel testo). Per tutti v. CONSO G., *Il concetto*, cit., *passim*.

(94) Il concetto di invalidità è da intendersi quale relazione – nel senso della non conformità – fra il fatto processuale ed il modello che si assume come qualificante. Per una ricostruzione di teoria generale del binomio validità – invalidità delle norme giuridiche in senso conforme rispetto alla direzione testé indicata v. MODUGNO F., voce *Validità a) Teoria generale*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 1 ss.; FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma, 2007, p. 528 ss.; LUCIANI F., *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003, p. 128 ss.; nonché, cfr. ancora il brillante studio di CONSO G., *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., spec. p. 10. Sul tema, in generale, delle invalidità afferenti il negozio giuridico v. inoltre – fra le innumerevoli opere –, quelle di PROSPERETTI M., *Contributo alla teoria dell'annullabilità*, Milano, 1973; TOMMASINI R., voce *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 575 ss.; DI PAOLA S., *Contributi ad una teoria dell'invalidità e dell'inefficacia in diritto romano*, Milano, 1966; SACCO R., voce *Nullità e annullabilità (dir. civ.)*, in *N.ssimio Dig. It.*, XI, Torino, 1965, p. 456 ss.; TONDO S., voce *Invalidità ed inefficacia del negozio giuridico*, in *N.ssimio Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, p. 994 ss.; TRIMARCHI P., *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, p. 191 ss.; FINZI E., *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, Firenze, 1921; BARSANTI E., *Contributo alla teoria degli atti inesistenti ed annullabili*, in *Arch. Giur.*, 1897, II, p. 162 ss. Viceversa, con particolare riferimento alla teoria dell'invalidità degli atti processuali civili, oltre agli A. che verranno in seguito citati, si richiama l'attenzione sugli interessanti studi di MARELLI F., *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova, 2000; AULETTA F., *Nullità e inesistenza degli atti processuali civili*, Padova, 1999; DENTI V., voce *Invalidità (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, I, agg. 1, Milano, 1997, p. 709. Sul tema, inoltre, v. gli approfonditi studi sotto plurime angolature effettuati da POLI R., *L'invalidità degli atti processuali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 2, p. 353; ID., *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, *passim*.

(95) Come meglio si vedrà in seguito *infra* Cap. II, pp. 120 – 122.

In via preliminare rispetto alla trattazione del tema delle invalidità, merita attenzione la problematica concernente l'individuazione dell'atto processuale (96); solo attraverso tale previa disamina, infatti, può essere ricavato con precisione l'oggetto della successiva ricerca.

A dire il vero, il codice di rito, nell'apposito capo (artt. 121 ss. c.p.c.) dedica scarsa attenzione alla disciplina generale degli atti processuali; dunque, nel tempo si sono registrati fiorenti studi dottrinali volti ad individuare la connotazione di un atto come processuale, ai fini dell'applicazione della relativa disciplina (97).

Orbene, sintetizzando, posto che il procedimento, a partire dall'atto iniziale di impulso, consiste in una serie di atti fra loro concatenati fino alla decisione finale del giudice (98), sembra corretto ritenere che l'atto processuale civile vada identificato (99)

(96) Rileva infatti CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, cit., p. 297, che il codice di procedura civile postula la nozione di atto processuale civile senza tuttavia esplicitarla. Spetta dunque all'interprete fornire le esatte coordinate per lo studio del tema; sulla questione assumono lo stesso approccio problematico anche ORIANI R., voce *Atti processuali (diritto processuale civile.)*, in *Enc. Giur.*, III, Roma, 1988, p. 1; DENTI V., voce *Procedimento civile (Atti del)*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 553; CORMIO B., *Degli atti in generale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, cit., 1346; SEGNI A. – COSTA S., voce *Procedimento civile*, in *N.ssimio Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, p. 1027; REDENTI E., voce *Atti processuali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, 1969, p. 105.

(97) Sul piano del diritto processuale generale cfr. per tutti quanto osservato da FAZZALARI E., *Istituzioni di diritto processuale*, 8^a ed., Padova, 1996, p. 80 ss.

(98) Il principio della concatenazione degli atti processuali si comprende appieno indagando la funzione del processo all'interno del sistema giuridico, che consiste nel fornire tutela nelle situazioni di crisi intercorse sul piano sostanziale fra due o più soggetti di diritto; di qui, la struttura dinamica della sequela procedimentale, contraddistinta da uno specifico nesso teleologico e volta ad ottenere, in via secondaria e mediata, risposta alle istanze di giustizia delle parti. Risposte che, a seconda dei casi, si declinano in ragione del tipo di tutela richiesta (di cognizione, esecutiva o cautelare). Per riferimenti bibliografici sul legame di strumentalità fra processo e diritto sostanziale, v. gli studi di PUNZI C., *Il Processo civile, Sistema e problematiche*, I, cit., p. 32; PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 32 ss.; ORIANI R., voce *Atti*, cit., p. 3; DENTI V., voce *Procedimento civile (Atti del)*, cit., p. 553; SEGNI A., voce *Giurisdizione (in generale)*, in *N.ssimio Dig. It.*, VII, Torino, 1961, p. 985; SATTA S., voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 218. Viceversa, sul concetto di dinamicità della sequela procedimentale orientata all'emanazione della decisione finale, peraltro acquisizione relativamente recente in dottrina, la quale, in tempi antichi (anche sulla scorta delle elaborazioni tedesche) era ancorata al fenomeno statico del rapporto giuridico processuale, v. MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 38 ss.; COMOGGIO L. P. – FERRI C. – TARUFFO M., *Lezioni sul processo civile*, 5^a ed., I, Bologna, 2011, p. 20; CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, cit., p. 297; LA CHINA S., *Diritto processuale civile*, cit., p. 665; nonché i contributi di RICCI G. F., *Principi di diritto processuale generale*, 4^a ed., Torino, 2010, p. 305 ss.; FAZZALARI E., *Processo e giurisdizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1993, p. 1; ID., voce *Processo (teoria generale del)*, in *N.ssimio Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, p. 1069; CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, Milano, 1958, p. 17; RICCA BARBERIS M., *Due concetti infecondi: negozio e rapporto processuale*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1930, II, p. 191; in passato cfr. in diversa direzione, con contributi ad ogni modo magistrali, CHIOVENDA G., *Istituzioni*, cit., p. 32; ALLORIO E., *Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale*, in *Problemi di diritto*, III, Milano, 1957, p. 203 ss. Sul concetto di potere quale presupposto per il compimento degli atti processuali v. in particolare PROTO PISANI A., *Violazione di norme procedurali, sanatoria ex nunc o ex tunc e rimessione in termini*, in *Foro it.*, 1992, I, p. 1719; REDENTI E., voce *Atti processuali*, cit., p. 109; POLI R., *Invalidità degli atti processuali*, cit., p. 350; in seguito, per un'esauritiva

in ogni fatto giuridico posto in essere da soggetti del processo specificamente dotati di poteri e finalizzato, in ultima analisi, all'emanazione del provvedimento giurisdizionale per la tutela delle situazioni giuridiche soggettive (100).

In particolare, poi, gli atti processuali si distinguono a seconda che provengano dalle parti in causa, vengano emanati dal giudice (101) – nel qual caso assumono il nome di provvedimenti – ovvero siano posti in essere da altri organi giudiziari, come ad esempio cancellieri o ausiliari (102).

Visto l'oggetto della presente trattazione, l'analisi proseguirà, nel prossimo paragrafo, con specifico riferimento ai criteri di individuazione dei provvedimenti del giudice.

Ad ogni modo, è opportuno sin d'ora chiarire che non troverà spazio, in tale sede, la disputa avutasi in passato e concernente l'eventuale rilevanza della volontà

ricostruzione dei termini della problematica, soprattutto in relazione all'atto di impulso processuale, v. DONZELLI R., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, p. 390 ss., spec. nota 183.

(99) Per il rilievo che tale identificazione vada effettuata a partire «non già da una definizione astratta di atto processuale, bensì dalla considerazione del singolo atto di cui s'indaga il regime», v. POLI R., *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, cit., p. 27.

(100) In passato CARNELUTTI F., *Sistema del processo civile*, II, cit., p. 1 ss., aveva proposto un criterio di identificazione c.d. fattuale, ovvero considerando processuale ogni atto che spiegasse i suoi effetti sul processo. Ma è stato in seguito obiettato dalla dottrina maggioritaria come tale criterio dilati eccessivamente la nozione di atto processuale (l'A. arriva infatti a comprendervi anche il compromesso arbitrale), non potendosi dunque assumere come necessario e sufficiente per la sua identificazione. Cfr. in tal senso AULETTA F., *Nullità e inesistenza*, cit., p. 39 ss.; ORIANI R., voce *Atti*, cit., p. 2; CONSO G., *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, p. 41; BETTI E., *Per una classificazione degli atti processuali di parte*, in *Riv. dir. proc.*, 1928, I, p. 106, per i quali occorrono alcuni temperamenti al criterio, primo dei quali l'ambito o la sede nel quale l'atto viene posto in essere. In particolare, CONSOLO C., *Spiegazioni*, I, cit., p. 633, così sintetizza: «non ogni atto che ha effetti per il processo (e di cui autore sia una parte di esso) è tale; piuttosto atto processuale è quello che – non importa da chi posto in essere (parti, giudici, cancellieri, ausiliari del giudice, testimoni, pubblico ministero interventore) – si colloca nella serie procedimentale di atti e provvedimenti coordinati fra loro dalle norme processuali, onde permettere l'esercizio della giurisdizione civile, quale richiesta con la domanda di parte e attuata appieno solo con la decisione passata in giudicato formale. Fra questi due poli, e fra i corrispondenti momenti temporali, si ha il compimento di vari concatenati atti di un unico procedimento complessivo, tutti concorrenti allo scopo di questo, benché ciascuno di questi – anche prima del terminale provvedimento decisorio – rivesta una funzione sua propria ed immediata, tuttavia ancora in autonoma ed interna perlopiù al fenomeno processuale in corso». Infine, per una interessante rilettura critica delle elaborazioni finora avutesi in materia di identificazione dell'atto processuale v. POLI R., *Invalidità degli atti processuali*, cit., p. 356 ss.

(101) Per l'applicabilità della disciplina degli atti processuali al procedimento arbitrale ed al lodo rituale già CARNACINI T., voce *Arbitrato rituale*, in *N.s.simo Dig. It.*, I, Torino, 1958, p. 878 ss. Per quanto invece concerne la peculiare problematica della processualità degli atti aventi effetti esclusivamente sul piano del diritto sostanziale cfr. ORIANI R., voce *Atti*, cit., p. 3; ALLORIO E., *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Problemi di diritto*, I, Milano, 1957, p. 111; ANDOLINA I., *Per un profilo degli atti processuali con effetto di diritto sostanziale*, in *Jus*, 1959, p. 104 ss.

(102) Chiaro sul punto PUNZI C., *Il processo civile*, cit., p. 33; cfr. comunque LIEBMAN E. T., *Manuale*, cit., p. 206. In definitiva, non può che rinviarsi alla sintetica quanto efficace affermazione di REDENTI E., voce *Atti*, cit., p. 109, per cui «gli atti processuali non sono in fondo che i mezzi e i modi con cui i soggetti del processo (parti, giudice e altri uffici giudiziari) vi esercitano le loro rispettive funzioni».

soggettiva del giudice ovvero della causa sottesa ai provvedimenti: infatti, convenendo con la dottrina dominante sul tema, si reputa opportuno chiarire in via preliminare che la validità e l'efficacia degli atti processuali non può dipendere né dalla corretta formazione della volontà dell'organo emanante, né dall'esistenza di uno scopo tipico della decisione (103), bensì, di regola (104), come si avrà modo di vedere a breve, dall'osservanza o meno dei requisiti formali o *extra* – formali previsti specificamente dal codice di rito (105).

5.1.1. L'individuazione degli atti processuali del giudice, ossia i provvedimenti.

(103) Non solo: può, sulla scorta di tali rilievi, essere altresì affermato che in campo processuale è richiesta la mera volontarietà del comportamento, peraltro presunta dal codice come sussistente avuto riguardo del rispetto delle forme prescritte per legge. Sul punto REDENTI E., voce *Atti*, cit., p. 114: «nessuna indagine è ammessa, almeno di regola, sulla volontà intenzionale o finale e sulla sua formazione. Affinché essi (atti) siano legittimamente produttivi di effetti, è necessaria ma è anche sufficiente, la volontarietà della manifestazione esteriore; e di solito poi non è soggetta neanche questa ad una indagine critica di controllo, perché appare implicita in re ipsa nell'impiego delle forme prescritte». Nello stesso senso ANDRIOLI V., *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1959, p. 426 ss.; DENTI V., *Note sui vizi della volontà degli atti processuali*, Pavia, 1959, p. 48 ss.; CONSO G., *Il concetto e le specie*, cit., p. 57 ss.; CALAMANDREI P., *Questioni sull'ammissibilità dei lodi parziali e sulla loro impugnazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1948, II, p. 270 ss.; in seguito BALBI C., *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983, p. 476 ss. cfr. anche MICHELI G. A., *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959, p. 267, il quale con particolare riferimento agli atti del giudice così osserva: «il provvedimento del giudice, in quanto rappresenta l'esercizio di un potere statale, viene considerato dalla legge nel suo aspetto obiettivo e formale». V. infine ORIANI R., voce *Atti*, cit., p. 8, il quale parla di «presunzione di volontarietà che assiste l'atto conforme al paradigma legale».

(104) La regola generale dell'irrelevanza dell'elemento soggettivo, peraltro, subisce alcune eccezioni, nelle quali la legge sembra attribuire rilievo alla volontà del soggetto che pone in essere l'atto processuale. La dottrina individua tali ipotesi con riferimento all'istituto della revoca della confessione ex art. 2732 c.c. (sul punto DENTI V., op. ult. cit., p. 87) e della transazione in sede conciliativa o riconoscimento di diritto altrui (v. REDENTI E., voce *Atti*, cit., p. 115), nonché alle ipotesi contemplate agli artt. 114, 306, 329, co. 1, e 360, co. 2, c.p.c. (cfr. CONSOLO C., *Spiegazioni*, cit., I, p. 636). Tale dottrina, in queste peculiari fattispecie, suole parlare di atti che propriamente spiegano il loro effetto sul piano sostanziale, sebbene inseriti nella cornice processuale (così ancora REDENTI E., voce *Atti*, cit., p. 115).

(105) Volendo sintetizzare attraverso le parole di ANDRIOLI V., *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1973, p. 379, «proprio perché la forma dei provvedimenti è legale, (e soltanto legale), sussiste un interesse legittimamente protetto della parte al rispetto della forma, dalla quale discendono assai rilevanti effetti giuridici: di fronte a norme sì contrastanti, quali l'art. 177 che dice essenzialmente revocabili e modificabili le ordinanze, e l'art. 161, che impone alle parti l'onere di far valere le nullità delle sentenze soggette ad appello e a ricorso per cassazione, soltanto nei limiti e secondo le norme proprie di questi mezzi d'impugnazione, si avvertono, dall'un canto, la scindibile interdipendenza dei due momenti del contenuto e della forma e, dall'altro canto, l'irrelevanza della causa dei provvedimenti».

Dopo aver analizzato la problematica, di carattere generale, concernente l'individuazione degli atti processuali, si proseguirà in questa sede la disamina dei vari provvedimenti emanabili dal giudice (106).

Innanzitutto, con il termine provvedimento si intende qualificare l'atto processuale proprio del giudice (107), tramite il quale egli assolve la sua funzione giurisdizionale (108).

Il codice di rito prevede espressamente tre tipologie di provvedimenti: la sentenza, l'ordinanza ed il decreto.

Di regola, la legge prescrive in quali casi debbano essere rispettivamente adottati; ma, in mancanza di previsioni, possono essere emanati in qualsiasi forma idonea al raggiungimento dello scopo (arg. ex art. 131, co. 2, c.p.c.). Sotto quest'ultima direzione, stando ad una prima ricostruzione dottrinale (109), la libertà del giudice è limitata, in quanto si richiede che la forma prescelta in ragione dello scopo sia ricompresa all'interno delle tre tipologie tassativamente prestabilite; stando ad una

(106) In generale sul tema VOCINO C., *Sulla natura dei provvedimenti del giudice*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1947, III, p. 32; SATTA S., *Dei provvedimenti*, in *Commentario*, cit., I, p. 491 ss.; PALERMO A., voce *Provvedimenti (Teoria generale)*, in *N.ssimi Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, p. 401 ss.; LANCELOTTI F., voce *Provvedimenti del giudice (diritto processuale civile)*, in *N.ssimi Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, p. 425 ss.; REDENTI E., voce *Atti Processuali*, cit., p. 130 ss.; CORMIO B., *Dei provvedimenti*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da ALLORIO E., I, Torino, 1973, p. 1389; ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, I, p. 479 ss.; FAZZALARI E., voce *Provvedimenti del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 836 ss.; CHIZZINI A., voce *Provvedimenti del giudice*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, XXVI, Torino, 1997, p. 65 ss.; BASILICO G., voce *Provvedimenti del giudice*, in *Dir. on line Treccani*, 2012.

(107) La contrapposizione fra atto processuale e provvedimento ha ragion d'essere solo nella prospettiva di un rapporto di *genus a species*, in quanto il provvedimento è atto processuale, con l'unica differenza che esso costituisce prerogativa esclusiva del giudice. Sul punto, fra gli altri, MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto Processuale civile*, I, cit., p. 514 ss.; MONTESANO L. – ARIETA G., *Diritto processuale civile*, I, Torino, 1999, p. 337; CHIZZINI A., voce *Provvedimenti*, cit., p. 65. Per il rilievo che, di contro, non tutti gli atti posti in essere dal giudice assumono la qualifica di provvedimenti, in quanto attività meramente materiali, v. CONSOLO C., *Spiegazioni*, I, cit.; in precedenza già ATTARDI A., *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1994, p. 392.

(108) L'affermazione è presa a modello dalla dottrina pressoché unanime. Per riferimenti CONSOLO C. – LUISO F. P. (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, 2^a ed., Vicenza, 2000, p. 791; MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto Processuale civile*, I, cit., p. 514; LIEBMAN E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, 4^a ed., I, Milano, 1980, p. 214; CORMIO B., *Dei provvedimenti*, cit., p. 1389; LANCELOTTI F., voce *Provvedimenti del giudice (diritto processuale civile)*, cit., p. 426. In particolare per FAZZALARI E., voce *Provvedimenti del giudice (diritto processuale civile)*, cit., p. 836, «i provvedimenti sono (...) volizioni degli organi pubblici».

(109) Così LIEBMAN E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, cit., p. 214; LANCELOTTI F., voce *Provvedimenti del giudice (diritto processuale civile)*, cit., p. 426; ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, cit., p. 479, il quale addirittura propende per una «interpretatio abrogans dell'art. 131, co. 2».

seconda impostazione, viceversa, la statuizione può essere emanata anche sottoforma di provvedimenti innominati (110).

Come si avrà modo di vedere, in ogni provvedimento del giudice – la circostanza è indubbia – coesistono sia profili formali che profili sostanziali (111): tali requisiti (per quanto possibile) saranno oggetto di separata analisi, con il fine di predisporre le coordinate entro cui inserire, successivamente, la disamina delle diverse teorie in tema di impugnazione del provvedimento c.d. anomalo.

5.1.2. La forma ed il contenuto dei provvedimenti.

Il contenuto formale (112) dei tre provvedimenti tipici è dettato dagli artt. 132, 134 e 135 c.p.c. (113), che elencano i requisiti «oggettivamente individuabili» (114) per qualificare un provvedimento come sentenza (115), ordinanza (116) o decreto (117).

(110) In questo senso SATTA S., *Dei provvedimenti*, in *Commentario*, cit., I, p. 491 ss.; REDENTI E., voce *Atti Processuali*, cit., p. 130; CORMIO B., *Dei provvedimenti*, cit., p. 1389. Tali A. riconoscono ad ogni modo che la casistica sarebbe limitatissima.

(111) A prescindere dalle considerazioni che verranno effettuate nel corso della trattazione in relazione ai profili sia formali che sostanziali del provvedimento, preme evidenziare in via preliminare quanto osservato sul piano generale del diritto da DE TOCQUEVILLE A., *La democrazia in America*, rist. it., Milano, 1999, p. 233, per il quale la previsione di regole formali costituisce la barriera eretta *in primis* nei confronti dei soggetti che sono costretti a subire gli effetti di una decisione altrui. Emblematico, in tal senso, il seguente passaggio: «questo inconveniente che gli uomini delle democrazie trovano nelle forme, è tuttavia proprio ciò che le rende tanto utili alla libertà, poiché il loro principale merito è di servire di barriera fra il forte e il debole».

(112) In via preliminare alla trattazione del tema, sembra opportuno riportare le riflessioni in passato effettuate dal Maestro CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 663: «dai profani si muovono molte censure alle forme giudiziali, in base al fatto che le forme danno luogo a lunghe e inutili questioni, e spesso la inosservanza d'una forma può produrre la perdita del diritto: e si vagheggiano sistemi processuali semplici e scevri di formalità. Tuttavia l'esperienza ha dimostrato che le forme nel giudizio sono necessarie, come e a più forte ragione che in ogni altro rapporto sociale; la loro mancanza porta il disordine, la confusione e l'incertezza».

(113) Sebbene le rubriche si riferiscano al contenuto dell'atto, si concorda nel ritenere che la disciplina formale del provvedimento coinvolge necessariamente anche il suo contenuto, a livello di struttura estrinseca. Sul punto LANCELOTTI F., voce *Sentenza civile*, in *N.ssimi Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, p. 1134; REDENTI E., voce *Atti processuali civili*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1969, p. 105; già per CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1938, p. 171: «il regolamento del contenuto è il *minimum indispensabile del regolamento formale*». Cfr. anche ANDRIOLI V., *Lezioni di diritto processuale civile*, 2^a ed., Milano, 1957, p. 422 ss.; LIEBMAN E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, 2^a ed., Milano, 1957, p. 187 ss. Secondo l'impostazione di LUCIFREDI R., *Alcuni rilievi sulla distinzione fra forma e contenuto degli atti con particolare riguardo agli atti amministrativi*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1938, I, p. 565 ss., il c.d. contenuto rispecchierebbe solo la parte precettiva del provvedimento.

(114) Così GIORGIANNI M., voce *Forma degli atti (diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 988. Per VACCARELLA R. – VERDE G. (a cura di), *Codice di procedura civile*, cit., p. 876, la disciplina formale degli atti processuali rappresenta una garanzia, ovvero «un valore strumentale e non già il bene finale».

a) La sentenza, ex art. 132 c.p.c. (118), è pronunciata «*in nome del popolo italiano*» e reca l'intestazione «*Repubblica Italiana*»; essa deve contenere l'indicazione del giudice che l'ha pronunciata, l'indicazione delle parti e dei loro difensori, le conclusioni del pubblico ministero (ove abbia partecipato al processo) e quelle delle parti, la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione (119) – cioè la motivazione (120) –, il dispositivo, la data della deliberazione e la sottoscrizione del giudice. In particolare, la sentenza collegiale deve normalmente recare una duplice sottoscrizione, da parte del giudice estensore e del presidente (121).

(115) Sulla nozione di sentenza v. le voci enciclopediche di CHIZZINI A., voce *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, XXXIII, Torino, 1988, p. 263 ss.; LANCELOTTI F., voce *Sentenza civile*, in *N.ssimio Dig. It.*, XVI, Torino, 1969, p. 1106 ss.; TARZIA G. – FONTANA G. L., voce *Sentenza civile*, in *Enc. Giur.*, XXVIII, Roma, 1992, p. 1 ss.; FAZZALARI E., voce *Sentenza civile*, in *Enc. Dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 1269 ss. Per alcuni fondamentali riferimenti monografici, v. le opere di ROCCO A., *La sentenza civile: studi*, Torino, 1906; CALAMANDREI P., *La genesi logica della sentenza civile*, Firenze, 1914; PALERMO A., *Il processo di formazione della sentenza civile*, Milano, 1956; TARZIA G., *Profili della sentenza civile impugnabile*, Milano, 1967; TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975; ANDOLINA I. – VIGNERA G., *Il modello costituzionale del processo civile di cognizione*, Torino, 1997; TURRONI D., *La sentenza civile sul processo*, Torino, 2006.

(116) In generale sul tema ANDRIOLI V., voce *Ordinanza (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, pp. 945 ss.; LANCELOTTI F., voce *Ordinanza (diritto processuale civile)*, in *N.ssimio Dig. It.*, XII, Torino, 1965, p. 79 ss.; CORMIO B., *Dei provvedimenti*, cit., p. 1426 ss.

(117) Sull'argomento LANCELOTTI F., voce *Decreto (diritto processuale civile)*, in *N.ssimio Dig. It.*, V, Torino, 1960, p. 278 ss.; GIUDICEANDREA N., voce *Decreto (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, XI, 1962, p. 823 ss.; TARZIA G. – FONTANA G. L., voce *Decreto (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur.*, X, Roma, 1988, p. 1 ss.

(118) Art. 132, co. 1, c.p.c.: «*la sentenza è pronunciata in nome del popolo italiano e reca l'intestazione: Repubblica italiana. Essa deve contenere: 1) l'indicazione del giudice che l'ha pronunciata; 2) l'indicazione delle parti e dei loro difensori; 3) le conclusioni del pubblico ministero e quelle delle parti; 4) la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione; 5) il dispositivo, la data della deliberazione e la sottoscrizione del giudice*».

(119) L'art. 78, d.l. 69/2013, aveva temporaneamente stabilito che le sentenze potevano essere motivate facendo «*esclusivo riferimento a precedenti conformi ovvero mediante rinvio a contenuti specifici degli scritti difensivi o di altri atti di causa*» (modifica all'art. 118, co. 1, disp. att. c.p.c.). Tale innovazione è stata poi soppressa in sede di conversione, con il risultato che l'attuale disposizione di attuazione concernente la motivazione della sentenza così recita: «*la motivazione della sentenza di cui all'articolo 132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi*». Il testo, dunque, è rimasto inalterato rispetto all'ultima novella avutasi con l. 69/2009, la quale aveva comunque eliminato (avviando il percorso di semplificazione) l'obbligo di inserire, tra i passaggi della motivazione, lo «*svolgimento del processo*».

(120) CAPPONI B., *La motivazione della sentenza civile*, in www.questionegiustizia.it; ACIERNO M., *La motivazione della sentenza: esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2012, p. 437 ss.; ROSELLI F., *La motivazione della sentenza civile*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2007, p. 2; VELA V., *La motivazione della sentenza civile*, in *Giust. Civ.*, 1992, II, p. 45 ss.; EVANGELISTA S., voce *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 154 ss.; TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, cit.; ID., voce *Motivazione della sentenza*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990; CARNELUTTI F., *Appunti sulla motivazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1951, II, p. 88 ss.

(121) Il codice, all'art. 132, ult. co., c.p.c., disciplina anche eccezionali ipotesi di impedimento alla sottoscrizione: nel caso di morte o altra impossibilità alla sottoscrizione da parte del presidente, previa menzione dell'impedimento sottoscrive al suo posto il componente più anziano del collegio;

b) Quanto al contenuto dell'ordinanza, l'art. 134 c.p.c. (122) si limita a prevedere la sua succinta motivazione, l'inserimento della data e la sottoscrizione da parte del giudice che l'ha pronunciata, ovvero del presidente nelle ipotesi di pronuncia collegiale.

c) Infine, il decreto, ai sensi dell'art. 135 c.p.c. (123), deve essere datato e sottoscritto dal giudice che l'ha emesso, ovvero dal presidente se la pronuncia è collegiale; esso va motivato solo quando espressamente prescritto dalla legge (124).

Dalla sintetica indicazione dei requisiti prescritti dal codice di rito per l'identificazione dei tre provvedimenti tipizzati, si può evincere che, sebbene le rubriche dei relativi articoli si riferiscano al contenuto dell'atto (125), con tale termine il legislatore ha inteso riferirsi alla mera disciplina strutturale degli stessi.

Infatti, a differenza della nozione semantica comune del lemma (126), nel lessico giuridico il concetto di forma e quello di contenuto possono definirsi solo apparentemente contrastanti: esiste un livello di disciplina formale che, per la sua dettagliatezza, finisce col riferirsi anche al contenuto dell'atto, seppure in termini generali (127). Di qui l'espressione coniata in dottrina di c.d. contenuto – forma dei provvedimenti giurisdizionali (128).

qualora invece sia il giudice estensore ad essere impossibilitato, risulta sufficiente la firma del solo presidente. Per tutti v. FONTANA G., *Problemi in materia di sottoscrizione della sentenza civile dopo la modifica dell'art. 132 ultimo comma c.p.c.*, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, III, Milano, 1979, p. 1576 ss.

(122) Art. 134, co. 1, c.p.c.: «l'ordinanza è succintamente motivata. Se è pronunciata in udienza, è inserita nel processo verbale; se è pronunciata fuori dell'udienza, è scritta in calce al processo verbale oppure in foglio separato, munito della data e della sottoscrizione del giudice o, quando questo è collegiale, del presidente».

(123) Art. 135 c.p.c.: «il decreto è pronunciato d'ufficio o su istanza anche verbale della parte. (...) Il decreto non è motivato, salvo che la motivazione sia prescritta espressamente dalla legge; è datato ed è sottoscritto dal giudice o, quando questo è collegiale, dal presidente».

(124) Ma sembrano corrette le osservazioni di CONSOLO C., *Spiegazioni*, I, cit., p. 640; nonché ATTARDI A., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 395, per cui, in virtù dell'obbligo di motivazione di ogni provvedimento giurisdizionale ex art. 111 Cost., sussiste sempre per il giudice che emana il decreto un seppur sintetico dovere di motivazione.

(125) L'art. 132 c.p.c. è infatti rubricato «contenuto della sentenza»; l'art. 134 c.p.c. «forma, contenuto e comunicazione dell'ordinanza»; l'art. 135 c.p.c. «forma e contenuto del decreto».

(126) Per DEVOTO G. – OLI G. C., voce *Contenuto*, in *Vocabolario della lingua italiana*, Milano, 2009, col termine *contenuto* si indica «ciò che si trova all'interno». Ciò induce a ritenere il contenuto quale realtà intrinseca contrapposta ad una data forma esteriore, facendo insorgere la convinzione di una contrapposizione lessicale fra il concetto di forma e quello di contenuto.

(127) In altre parole, secondo MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 493, «una disciplina, che è ancora formale, del contenuto».

(128) L'espressione è di REDENTI E., voce *Atti processuali*, cit., p. 113. In dottrina cfr. anche CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, cit., II, p. 171, per cui «il regolamento del contenuto è il minimum indispensabile del regolamento formale», nonché LIEBMAN E. T., *Manuale di*

Di contro, in armonia con le deduzioni a carattere generale già in precedenza sviluppate, il legislatore si è disinteressato del comportamento precedente o successivo alla formazione dell'atto: ne discende che la validità ed efficacia dei provvedimenti è subordinata alla sola condizione dell'osservanza dei criteri di forma complessivamente intesi (129), fra i quali viene compresa anche la sussistenza delle condizioni affinché il soggetto giudicante possa legittimamente statuire sopra una determinata controversia (130).

Ad ogni modo, – la circostanza è pacifica – mentre il contenuto della sentenza viene minuziosamente stabilito in ogni suo aspetto strutturale, risulta più snella la disciplina degli altri due tipi di provvedimenti; ciò in relazione alla diversa funzione che essi assolvono, sulla quale si dirà nel prossimo paragrafo dedicato alla c.d. sostanza del provvedimento.

5.1.3. La sostanza dei provvedimenti.

Con il concetto di sostanza del provvedimento, la dottrina classica ha inteso – cercando di precisare l'ambiguità terminologica dell'espressione – il concreto tenore delle statuizioni espresse nei provvedimenti in relazione alla materia oggetto di decisione, e, dunque, la produzione degli effetti giuridici che seguono l'atto (131).

Ad ogni modo, il gergo linguistico, ha nel tempo stimolato profonde riflessioni sulla natura intrinseca degli atti e sulla loro essenza, sul presupposto che, per quanto il

diritto processuale civile, 2^a ed., I, Milano, 1957, p. 187: «anche le indicazioni del contenuto costituiscono altrettanti requisiti di forma». In seguito, fra i molti, VERDE G., *Profili del processo civile*, Napoli, 2002, p. 287; CONSOLO C., *Spiegazioni*, I, cit., p. 637 ss.

(129) Volendo sviluppare il discorso già anticipato *retro* Cap. II, p. 92, va precisato che costituisce questione connessa con la problematica accennata nel testo quella del rilievo della volontà del giudice nell'emanazione dei provvedimenti. La disputa, peraltro, sottende le diverse impostazioni dogmatiche in tema di sentenza quale atto intellettuale, ovvero quale atto volitivo del giudice. Nella prima direzione si è schierata la dottrina prevalentemente inquadrabile nella vigenza del precedente codice di rito, ed in particolare ROCCO A., *La sentenza civile*, cit., pp. 28 – 29, per il quale la sentenza è «l'atto con cui lo Stato, a mezzo dell'organo della giurisdizione a ciò destinato (giudice), applicando la norma al caso concreto, accerta quale tutela giuridica di diritto obiettivo concede a un determinato interesse»; v. anche MORTARA L., *Commentario del Codice e delle leggi di procedura civile*, II, cit., p. 541; CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 157; CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, I, cit., p. 273. Nella seconda direzione, invece, muovono ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 479; MICHELI G. A., *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959, p. 265; Redenti E., voce *Atti processuali*, cit., p. 230; LIEBMAN E. T., *Manuale*, I, cit., p. 216; LANCELLOTTI F., voce *Sentenza*, cit., p. 1110.

(130) Cfr. Cap. II, p. 92, nota 105.

(131) Per tutti ROCCO U., *Trattato di diritto processuale civile*, II, cit., p. 222 ss.; VOCINO C., *Sulla natura dei provvedimenti del giudice*, cit., p. 32.

legislatore distingue i provvedimenti esclusivamente in ragione della loro disciplina formale, l'interprete è chiamato a fare luce su un aspetto ulteriore (132): quale intento animi il legislatore nell'imporre forme di esternazione diverse.

Questa tensione verso l'individuazione di una *ratio* capace di giustificare il differente regime giuridico del provvedimento in relazione al grado di intensità della sua disciplina formale (133), dunque, muove dal presupposto che le modalità del mezzo di espressione – sentenza, ordinanza e decreto – corrispondono «anzitutto alla necessità tecnica di far conseguire all'atto il suo scopo» (134).

Il modello ricavato in via interpretativa è, in sintesi, il seguente (135).

a) Mediante la sentenza (136) il giudice esercita il suo potere giurisdizionale decisorio; la sentenza, irrevocabile dal giudice che l'ha emessa (137), una volta passata in giudicato diventa immutabile ed è idonea a costituire accertamento incontrovertibile fra le parti sulla situazione sostanziale controversa in giudizio (138).

Peraltro, oltre che per decidere interamente la controversia – nel merito ovvero chiudendo il processo in rito, qualora il giudice ravvisi taluni fattori impedienti – la sentenza è prescritta ogni volta in cui egli debba risolvere singole questioni, di natura sostanziale o processuale, insorte fra le parti nel corso del processo (139).

(132) ROCCO U., *Trattato di diritto processuale civile*, II, cit., p. 225: «limitare la distinzione fra questi atti ad una semplice distinzione di forma e non di sostanza, non è risolvere la questione che ci siamo proposti, poiché la diversità di forma non è che il risultato della differente natura intrinseca di questi atti».

(133) Sintetizza in particolare VERDE G., *Profili del processo civile*, cit., p. 287, che «alla forma – contenuto dei provvedimenti, infine, la legge ricollega il regime giuridico degli stessi».

(134) Così LIEBMAN E. T., *Manuale di diritto processuale*, I, cit., p. 201.

(135) Nell'analisi condotta in questa sede si prescindere dal concetto di sentenza in senso sostanziale ai fini dell'art. 111 Cost. Tale analisi, come più volte ricordato, verrà affrontata più avanti.

(136) Emblematico quanto osservato da TARZIA G. – FONTANA G. L., voce *Sentenza*, cit., p. 1, secondo i quali «la dottrina della sentenza civile riassume in sé la dottrina dell'intero processo».

(137) In particolare VACCARELLA R. – VERDE G. (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 1997, p. 877, per cui la sentenza «è l'atto per mezzo del quale il giudice spende il potere giurisdizionale, conseguendone che, della questione risolta e decisa con la sentenza, non potrà più ridiscutersi dinanzi al giudice che ebbe a pronunziarla».

(138) Per REDENTI E., *Scritti*, cit., p. 479, essa costituisce la «legge speciale del caso concreto».

(139) Il potere giurisdizionale decisorio, in questo caso, è speso parzialmente, ovvero in relazione alle singole questioni pregiudiziali di rito o c.d. preliminari di merito affrontate. Vi sono, infatti, oltre alle ipotesi in cui il giudice pronuncia sentenza con cui definisce il giudizio, casi in cui il giudice pronuncia sentenza con cui decide una delle questioni indicate ai nn. 1, 2 e 3 dell'art. 279 c.p.c., disponendo con ordinanza l'ulteriore prosecuzione dell'istruzione (c.d. sentenza non definitiva). La parte ha sempre la possibilità di impugnare la sentenza non definitiva dinanzi al giudice superiore: ciò potrà avvenire immediatamente, ovvero all'esito del procedimento, qualora essa decida di avvalersi dell'istituto della riserva. Sul tema si ritornerà in seguito, dal momento che l'oggetto della presente trattazione comprende anche le ipotesi in cui il giudice, per errore, emana ordinanza – anziché sentenza non definitiva – per decidere questioni di rito o di merito senza definire il giudizio. Ad ogni modo, sin d'ora,

b) L'ordinanza ed il decreto costituiscono i tradizionali provvedimenti con cui il giudice istruttore assolve la funzione di dirigere l'iter procedimentale, risolvendo ogni questione che frappona l'avvio del processo alla sua conclusione (140).

La snellezza della disciplina formale svela dunque la loro tipica funzione istruttoria, nonché propulsiva, della sequela processuale.

In riferimento al regime giuridico, mentre l'ordinanza è normalmente revocabile o modificabile dal giudice che l'ha emessa (141), previo contraddittorio fra le parti, il decreto, di regola emesso *inaudita altera parte*, viene assoggettato ad un regime non unitario (142), che la legge di volta in volta si preoccupa di fissare (143).

per approfondimenti sulla distinzione fra sentenza definitiva e non definitiva, si rinvia a TARZIA G. – FONTANA G. L., voce *Sentenza*, cit., p. 8; CORMIO B., *Dei provvedimenti*, cit., p. 1403; GARBAGNATI E., *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1976, p. 257; ID., voce *Questioni pregiudiziali*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1987, p. 69; CERINO CANOVA A., *Sul contenuto della sentenza non definitiva di merito*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1971, p. 426; MONTESANO L., *Questioni preliminari e sentenze parziali di merito*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1969, p. 596; per quanto concerne il profilo dell'impugnabilità delle sentenze non definitive cfr. CALIFANO G. P., *L'impugnazione della sentenza non definitiva*, Napoli, 1996, p. 44. In giurisprudenza, sulla non modificabilità o revocabilità, da parte dello stesso giudice, delle statuizioni rese in precedenza con sentenza non definitiva (nei casi in cui essa sia stata validamente emanata, cioè a fronte di questioni processuali di rito o preliminari di merito), v. per tutte già Cass. Civ., 27 febbraio 1962, n. 370, in *Foro It.*, 1962, I, p. 668.

(140) Peraltro, nel tempo il legislatore ha previsto che, all'interno del processo ordinario di cognizione, il giudice possa emanare determinati tipi di ordinanza dal carattere prettamente condannatorio. Il riferimento è principalmente agli art. 186 *bis*, 186 *ter* e 186 *quater* c.p.c. Sul tema QUERZOLA L., voce *Provvedimenti anticipatori (diritto processuale civile)*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, Agg., Torino, 2009, p. 414; BASILICO G., *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, Padova, 2001, spec. p. 224 ss.; BASILICO G. – CIRULLI M., *Le condanne anticipate nel processo civile di cognizione*, Milano, 1998; CARRATTA A., voce *Ordinanze anticipatorie di condanna (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1995, p. 1; CONSOLO C., *Attese e problemi sul nuovo art. 186-quater (fra condanna interinale e sentenza abbreviata)*, in *Corr. Giur.*, 1995, p. 1412; ATTARDI A., *Le ordinanze di condanna nel giudizio ordinario di cognizione di 1° grado ecc.*, in *Giur. It.*, 1992, IV, p. 1; LANFRANCHI L., voce *Provvedimenti provvisori sommari*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, 1991, p. 1; MANDRIOLI C., *Le nuove ordinanze di pagamento e ingiunzione nel processo ordinario di cognizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1991, p. 644; PROTO PISANI A., *I provvedimenti anticipatori di condanna*, in *Foro It.*, 1990, V, p. 394; RICCI E. F., *Per una efficace tutela provvisoria in giunzionale dei diritti di obbligazione nell'ordinario processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1990, p. 1021.

(141) L'art. 177, co. 3, c.p.c., prevede eccezionali ipotesi in cui le ordinanze istruttorie non possono essere revocate, né modificate dal giudice che l'ha emesse. Ciò avverrà in particolare quando esse sono state pronunciate «sull'accordo delle parti, in materia della quale queste possono disporre», fintanto che le parti non convengano sulla loro successiva revoca o modifica; quando sia la legge a dichiarare «*espressamente non impugnabili*» le ordinanze (in questi casi, ferma la sussistenza dei presupposti, l'eventuale rimedio applicabile sarà costituito dal ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost.); quando, infine, per esse «*la legge predisponga uno speciale mezzo di reclamo*». Sotto quest'ultimo punto di vista, tipica è l'ipotesi dell'ordinanza del giudice istruttore che dichiara l'estinzione del processo, reclamabile ex art. 178, co. 2, c.p.c. nel termine perentorio di 10 giorni dalla sua emissione, se avvenuta in udienza, ovvero dalla sua comunicazione.

(142) Muovendo da tali direttrici, SATTA S. – PUNZI C., *Diritto processuale civile*, 13^a ed., Padova, 2000, I, p. 205, descrivono il decreto come «*un provvedimento di carattere non ben definito*».

(143) Pressoché testualmente VERDE G., *Profili del processo civile*, cit., p. 288.

Ciò precisato, la dottrina tradizionale (144) aveva ricavato che, se in generale, la diversità strutturale dei provvedimenti presuppone il loro variegato scopo, in particolare, poteva dirsi instaurata una stretta relazione fra le garanzie formali del tipo sentenza e l'assolvimento della funzione decisoria, con conseguente autonomizzazione strutturale e funzionale della stessa rispetto agli altri due tipi di provvedimento in ragione della diversa sostanza (145).

5.1.4. Il rapporto fra la sostanza ed il contenuto del provvedimento nella visione del legislatore.

La teoria dell'identificazione del provvedimento sotto il profilo prettamente sostanziale, sul presupposto che ad un dato scopo debba corrispondere uno specifico contenuto formale, nel tempo ha perso il suo pregnante significato (146).

Più distesamente, può osservarsi come il diritto processuale positivo non offra più alcun appiglio per comprovare l'autonomia di tale criterio discrezionale (147). Infatti, per quanto questa concezione possa indubbiamente costituire un'astratta linea guida per l'operato del legislatore, il raffronto fra quanto finora riportato con le scelte concretamente effettuate a livello normativo non lascia margini di dubbio (148): la

(144) L'orientamento ha avuto i suoi albori nella vigenza del preesistente codice di rito del 1865 (arg. ex artt. 50, 54, 360 e 362 c.p.c.). Tra i fautori del *discrimen* imperniato sulla diversità di funzione o scopo dei provvedimenti MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, IV, Milano, 1908, p. 326; CHIOVENDA G., *Principii*, cit., p. 801 ss. Nell'attuale sistema, la distinzione funzionale fra la sentenza e gli altri moduli è stata riproposta in dottrina, principalmente sulla scorta dell'art. 279 c.p.c.: per riferimenti v. ROCCO U., *Trattato*, II, cit., p. 225 ss.; LIEBMAN E. T., *Manuale*, I, cit., p. 198; VOCINO C., *Sulla natura*, cit., p. 32.

(145) Per un'efficace ricostruzione v. LANCELLOTTI F., voce *Provvedimenti*, cit., p. 427.

(146) Fra i primi A., in dottrina, ad aver denunciato l'incongruenza di tali criteri, CARNELUTTI F., *Sistema*, II, cit., p. 311: «tanto la sentenza quanto il decreto abbracciano così il campo degli ordini come quello delle ingiunzioni in quanto vi può essere un decreto oppure una sentenza, che provvede sul processo, al pari di un decreto o di una sentenza, che provvede sulla lite. Pertanto la distinzione tra decreto, ordinanza e sentenza è una distinzione strutturale o meglio formale tra i provvedimenti, non una distinzione funzionale».

(147) Pressoché testualmente LANCELLOTTI F., voce *Provvedimenti*, cit., p. 427.

(148) Il principio scientifico sotteso a tale impostazione può essere identificato in quello della c.d. *falsificabilità*, avanzato dal filosofo POPPER K. R., *Poscritto alla logica della scoperta scientifica. Il realismo e lo scopo della scienza*, I, ed. tradotta, Milano, 1984, spec. p. 23 ss., per cui ai fini della dimostrazione della validità di una data teoria – *id est* per affermare la sua valenza universale – occorre verificare che in nessun caso si diano nella realtà risultati ad essa contrari. In pratica: se da A si deduce astrattamente B, ma si dà almeno un caso in cui B risulta essere concretamente falso rispetto alla premessa A, allora sarà falso anche il presupposto A da cui B pretendeva di discendere. In estrema sintesi, dunque, ogni teoria deve logicamente possedere le condizioni affinché sia sempre consentita la sua applicazione alla realtà entro cui afferma di agire.

possibilità di identificare il provvedimento esclusivamente in base alla sua sostanza non assume valenza universale (149), essendo stato previsto, per esigenze di celerità (150), che determinati procedimenti speciali debbano concludersi mediante provvedimenti decisori (151) emessi sotto forma di ordinanza o decreto (152).

Ad esempio, l'emissione del decreto ingiuntivo conclude il procedimento monitorio in forza dell'art. 645 c.p.c., così come il procedimento per convalida di sfratto culmina con l'emanazione dell'ordinanza di cui all'art. 663 c.p.c. (153).

(149) L'individuazione del provvedimento a partire dalla sua sostanza potrebbe continuare ad assumere valenza per le eccezionali ipotesi in cui, non essendo stata prevista dal legislatore la forma del provvedimento, il giudice si troverà ad emanare ex art. 131, co. 2, c.p.c., il modulo più congruo in relazione allo scopo. Sotto questo punto visuale, peraltro, potrebbe essere apprezzata l'importanza sistematica di questa disposizione in apparenza marginale (cfr. quanto già osservato *retro* Cap. II, pp. 93 – 94). Ad ogni modo, come correttamente messo in luce da MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 514, a ciò farebbe comunque riscontro uno «scarso rilievo pratico diretto».

(150) Il riferimento effettuato nel testo è al delicato fenomeno della c.d. sommarizzazione del procedimento giurisdizionale civile, esigenza sempre crescente nel corso del tempo. In tal senso, anche la l. 69/2009, che ha introdotto la nuova figura del procedimento sommario di cognizione. Non può di certo essere questa la sede per affrontare un tema così ampio e delicato; ad ogni modo, per un approccio problematico alla tecnica dell'uso di procedimenti deformalizzati v. in dottrina principalmente PROTO PISANI A., *Contro l'inutile sommarizzazione del processo civile*, in *Foro It.*, 2007, V, p. 45; ID., *Tutela sommaria*, in *Foro It.*, 2007, V, p. 241 ss.; ID., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, cit., *passim*; ID., *Appunti sul valore della cognizione piena*, in *Foro It.*, 2002, V, p. 65 ss.; ID., *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 e segg. c.p.c. (appunti sulla tutela giurisdizionale dei diritti e sulla gestione di interessi devoluta al giudice)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1990, I, p. 393 ss.; CARRATTA A., voce *Processo sommario (dir. proc. civ.)*, in *Annali Enc. Dir.*, II, Milano, 2008, p. 87; ID., voce *Processo camerale (dir. proc. civ.)*, in *Annali Enc. Dir.*, III, Milano, 2010, p. 928; cfr. anche GRAZIOSI A., *La cognizione sommaria del giudice nella prospettiva delle garanzie costituzionali*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2009, I, p. 139 ss.; TISCINI R., *L'accertamento dei fatti nei procedimenti con struttura sommaria*, in *www.judicium.it*, 24 aprile 2010; LANFRANCHI L., voce *Giusto processo (processo civile)*, in *Enc. Giur.*, X, agg., Roma, 2001, p. 10 ss.; DONZELLI R., *Sul giusto processo civile regolato dalla legge*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, IV, p. 942 ss.; nonché con specifico riferimento al procedimento ex art. 702 bis ss. c.p.c., MENCHINI S., *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corr. Giur.*, 2009, 8, p. 1025 ss.

(151) Così illustrano la problematica MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 515: «di regola, la forma sentenza è prescritta per i provvedimenti che assolvono alla tipica funzione decisoria sul merito (o anche sul rito) del giudizio, mentre le forme dell'ordinanza e del decreto sono per lo più previste per i provvedimenti con funzione ordinatoria interna al processo; e, più precisamente, quelle dell'ordinanza quando il provvedimento presuppone lo svolgimento di un contraddittorio tra le parti, e quelle del decreto nel caso opposto. Ma vi sono dei casi nei quali la legge, trascurando questi criteri di massima, per lo più con riguardo ad esigenze particolari proprie dei procedimenti speciali, configura provvedimenti decisori sul merito da pronunciarsi con le forme dell'ordinanza o del decreto». In argomento anche LA CHINA S., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1991, p. 687.

(152) DE DIVITIIS P., *Sulla teoria del Meistbegünstigung*, cit., p. 410, sostiene la sussistenza, in questi casi, di veri e propri «provvedimenti anomali ope legis, frutto di una prassi scorretta volta ad attribuire una forma inadeguata rispetto al contenuto sostanziale degli stessi». Peraltro, tali evenienze spingono LA CHINA S., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1991, p. 238 a concludere che «desueta ed inutile è la distinzione tra provvedimenti ordinatori e decisori».

(153) Volendo proseguire l'elencazione in via esemplificativa, si pensi all'ordinanza conclusiva del procedimento sommario di cognizione ex art. 702 quater c.p.c., espressamente dotata dell'efficacia di giudicato (che in ogni caso avrebbe posseduto in virtù del suo carattere certamente decisorio), nonché

Come si è visto in precedenza, in base al principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, sarà il legislatore a prevedere di volta in volta lo specifico strumento di contestazione. Problematiche, viceversa, le ipotesi in cui ciò non sia avvenuto: a ciò soccorre, in via residuale, la possibilità di impugnare il provvedimento, qualora ne ricorrano i presupposti, mediante ricorso straordinario in cassazione *ex art. 111 Cost.* Solo sotto quest'ultimo profilo, pertanto, è ancora utile la correlazione fra sostanza del provvedimento e la sua identificazione ai fini dell'impugnabilità per vizi di legittimità: il riferimento è al concetto di sentenza in senso sostanziale, che verrà analizzato al momento opportuno.

5.2. La disciplina delle nullità degli atti processuali civili.

L'analisi delle nullità degli atti processuali civili può essere condotta prendendo a modello la disciplina contenuta nel capo II del libro I del codice di rito.

Tuttavia, prima di procedere in questa direzione, è opportuno chiarire le coordinate entro cui muove il concetto di «nullità» riferito agli atti processuali, fra cui vanno ricompresi anche i provvedimenti del giudice (154): in generale, il vizio in questione può essere descritto come uno scollamento patologico dell'atto rispetto al modello legale di riferimento, ovvero nel senso di un rapporto di non conformità giuridicamente rilevante (155).

all'ordinanza di liquidazione degli onorari di avvocato *ex art. 29, l. 794/1942*, ad oggi confluita anch'essa nell'ambito del rito sommario di cognizione *ex l. 150/2011* sulla semplificazione dei riti. Inoltre, nell'ambito del processo ordinario di cognizione, si pensi all'ordinanza anticipatoria *ex art. 186 quater c.p.c.*, che può assumere l'efficacia della sentenza sopra l'oggetto dedotto in giudizio, ovvero all'ordinanza con cui il giudice decide (a seguito di *l. 69/2009*) le questioni insorte sulla competenza.

(154) Costituisce dato assolutamente acquisito l'applicabilità della disciplina degli artt. 156 ss. c.p.c. ai provvedimenti del giudice. Tale conclusione è peraltro inevitabile a fronte dell'inclusione di questi ultimi al *genus* atto processuale civile. Per constatazioni cfr. MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 564.

(155) Senza pretesa di completezza, v. sul tema gli studi di CONSO G., *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., spec. p. 26; DENTI V., voce *Nullità degli atti processuali civili*, in *N.ssimio Dig. It.*, XI, Torino, 1965, pp. 467; ORIANI R., voce *Nullità degli atti processuali (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 1990, p. 1; AULETTA F., *Nullità e inesistenza degli atti processuali civili*, Padova, 1999; DENTI V., voce *Invalidità (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, I, agg. 1, Milano, 1997, p. 709; nonché i numerosi contributi di POLI R., *Nullità degli atti processuali (dir. proc. civ.)*, in *www.treccani.it*; ID., *L'invalidità degli atti processuali*, cit., *passim*; ID., *Invalidità ed equipollenza*, cit., p. 138; ID., *Sulla sanabilità dell'inosservanza di forme prescritte a pena di preclusione e decadenza*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1996, p. 447; ID., *In tema di forme equipollenti e fattispecie equipollenti degli atti processuali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1999, p. 1164; ID., *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1995, p. 485; ID., *Sulle nullità per vizi relativi alla costituzione del giudice e all'intervento del pubblico ministero*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1993, p. 175. Cfr. anche il pensiero espresso da SATTA S., *sub art. 156*, in

Per aversi nullità, inoltre, è necessario che il giudice si pronunci espressamente in tal senso, d'ufficio o previa eccezione sollevata dalla parte (156): in mancanza di apposita dichiarazione, l'atto continuerà a sortire efficacia in via precaria, la quale si stabilizzerà in via definitiva – ed al più tardi – con la formazione del giudicato (157).

La dottrina maggioritaria ha distinto tale nozione dal concetto di nullità valevole per i negozi giuridici di diritto sostanziale (158), ove essa rappresenta l'estrema forma

Commentario al codice di procedura civile, I, Milano, 1959, p. 535: «nullità non è altro che la difformità dell'atto al proprio modello: poiché l'atto è giuridico, ha la sua fattispecie nelle norme che lo disciplinano, e fuori di questa conformità alla fattispecie si ha un atto nullo»; sulla scorta della definizione fornita, quest'ultimo A. esclude la distinzione fra atto nullo ed atto giuridicamente inesistente. Sul tema cfr. anche i contributi avutisi nella vigenza del preesistente codice di rito, fra cui CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 666, il quale osserva che «le nullità non sono penalità, ma sono soltanto la logica conseguenza dell'inadempimento di quelle forme a cui la legge attribuisce determinati effetti»; concordi CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, II, cit., p. 490; PATERI G., *Gli atti della procedura civile*, Torino, 1911, p. 266; BATTISTA M., voce *Nullità degli atti di procedura*, in *Dig. It.*, XVI, Torino, 1905, p. 528; PIGA E., voce *Nullità (in generale)*, in *N.vo Dig. It.*, III, Torino, 1939, p. 1166, secondo il quale, nello specifico, la nullità consiste in una «deviazione dell'atto posto in essere dal soggetto dal modello legale fissato dalla legge».

(156) La distinzione sottende il diverso regime giuridico, rispettivamente, delle nullità assolute (arg. ex art. 158 c.p.c.) rilevabili d'ufficio «al più tardi al momento della pronuncia stessa», rispetto a quelle relative, rilevabili solo dietro istanza di parte «nei termini dell'art. 157, co. 2, c.p.c.» (MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 563). Non può essere questa la sede per analizzare il delicato rapporto fra questi due regimi di rilevazione del vizio, ed il relativo gruppo di fattispecie sottese; ad ogni modo, sul tema si rinvia a MARTINETTO G., *Delle nullità*, cit., pp. 1595 – 1597; CONSO G., *Prospettive per un inquadramento*, cit., p. 115 ss.; FURNO C., *Nullità e rinnovazione*, cit., spec. p. 425; REDENTI E., *Vizi di costituzione del giudice o di composizione del giudice e difetto di giurisdizione*, in *Scritti*, I, cit., p. 693 ss.

(157) Eccettuate le ipotesi, ricavate in via interpretativa, di inesistenza giuridica dell'atto (su cui v. a breve nel testo), la circostanza della necessità di una tempestiva pronuncia giurisdizionale di nullità, pena la stabilizzazione dell'efficacia dell'atto in tesi nullo, risulta pacifica in dottrina. In questo senso, ad es., FURNO C., *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, in *Studi in onore di E. Redenti*, Milano, 1951, p. 435; LIEBMAN M. T., *Corso di diritto processuale civile*, Milano, 1980, p. 236 ss.; DENTI V., voce *Invalidità (dir. proc. civ.)*, cit., p. 709; ORIANI R., voce *Nullità degli atti processuali*, cit., p. 2. Peraltro, si reputa opportuno dare conto della questione dibattuta concernente la natura, costitutiva o dichiarativa, della pronuncia di nullità emanata dal giudice: nella seconda direzione, ovvero per la natura dichiarativa dell'accertamento, muovono FURNO C., op. ult. cit., p. 413; DENTI V., *Note sui vizi della volontà degli atti processuali civili*, cit., p. 54; PROVINCIALI R., *Delle impugnazioni in generale*, cit., pp. 13 – 14; LIEBMAN M. T., op. ult. cit., p. 236, per il quale la dichiarazione di nullità ha «il valore di una semplice constatazione e certificazione dell'invalidità dell'atto, piuttosto che quello di un annullamento». Nella prima direzione e limitatamente alle ipotesi di nullità conseguenti a vizi sanabili muove in particolare CONSO G., *Il concetto e le specie d'invalidità* cit., p. 44.

(158) Date le premesse, infatti, molti A. in dottrina affermano che i caratteri tipici della nozione di nullità propria del diritto processuale civile si discostano dal concetto di nullità in diritto sostanziale. Sul punto SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile* cit., p. 535; ANDRIOLI V., *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1961, p. 463; CONSO G., *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali civili*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, p. 112 ss.; FURNO C., *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, cit., p. 437; REDENTI E., voce *Atti processuali civili*, cit., p. 124; MONTESANO L., *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1990, p. 4. Si deve peraltro ricordare l'opinione più sfumata di CHIOVENDA G., *Principii* cit., p. 650, il quale, pur estendendo al diritto processuale l'uso dei concetti di nullità ed annullabilità propri del diritto sostanziale, evidenzia che «ciò non deve far credere che l'istituto della nullità e della annullabilità si comporti nel processo allo stesso modo che nel diritto sostanziale. Il processo presenta anche a questo riguardo

di invalidità, accertabile in ogni tempo su istanza di qualsiasi soggetto interessato, seppur con pronuncia avente efficacia dichiarativa *ex tunc* al pari di quanto avviene nel campo del diritto processuale (159).

Ciò chiarito in via preliminare, si può passare ad una disamina della disciplina dettata dal legislatore in tema di nullità (160).

Ai fini del giudizio sulla sussistenza o meno del vizio, fondamentale è la previsione dell'art. 156 c.p.c., il cui primo comma pare essere perentorio nell'affermare la vigenza del principio di tassatività o tipicità (161).

alcune notevoli particolarità, le quali derivano sempre dalla speciale natura di questo rapporto giuridico, che nasce colla domanda di un provvedimento autoritativo». Per un'opinione di senso contrario cfr. GIUDICEANDREA N., voce *Nullità degli atti di procedura*, cit., p. 1166, il quale ripropone anche in campo processuale la distinzione fra nullità ed annullabilità del negozio giuridico di diritto sostanziale, così argomentando: «*si ha nullità, a nostro avviso, soltanto nei casi in cui il difetto dell'atto possa esser rilevato dal giudice di ufficio; annullabilità, invece, si ha nei casi in cui il difetto dell'atto debba essere rilevato su istanza della parte che vi ha interesse. Peraltro, l'atto nullo, al pari dell'annullabile, produce effetti sino a quando non intervenga la pronuncia di nullità; l'atto nullo, inoltre, al pari dell'annullabile, può esser sempre sanato per virtù della cosa giudicata. In questi due punti particolarmente si rileva la differenza dalla disciplina giuridica delle medesime figure nel campo del diritto sostanziale; il che agevolmente s'intende avendo riguardo alla natura e alla funzione del processo civile*».

(159) Che la pronuncia di nullità privi l'atto dei propri effetti con efficacia retroattiva può dirsi circostanza acquisita in dottrina già sotto la vigenza del preesistente codice di rito: per MORTARA L., *Commentario del codice delle leggi di procedura civile*, II, Milano, 1922, p. 817, infatti, «*l'atto dichiarato nullo è da considerare, per necessità logica e giuridica, come non esistente. La dichiarazione di nullità risale, per il suo effetto, al momento della compilazione dell'atto, né su questo punto vi è luogo a dubbi*». Nella medesima ottica comparata, peraltro, le nullità processuali sembrano avere caratteristiche comuni, dal punto di vista del *modus* di rilevazione, con i casi di annullabilità del negozio giuridico. Muovendo da tali considerazioni, MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 467, affermano una compenetrazione di disciplina: «*si tratta, insomma, di una pronuncia che, da un lato, come quella di annullamento, è essenziale per l'inefficacia dell'atto, mentre, dall'altro lato, dichiara che l'atto non ha mai avuto efficacia, come è proprio della dichiarazione di nullità*».

(160) Di qui, le nutrite elaborazioni dottrinali sul concetto, rispettivamente, di irregolarità – soglia inferiore alle nullità – ed inesistenza giuridica – soglia superiore alle nullità – degli atti processuali civili, sulle quali si soffermerà l'attenzione più avanti nel testo.

(161) Stando al disposto dell'art. 156, co. 1, c.p.c., «*non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge*». In dottrina, REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo. Intorno al diritto processuale*, I, Milano, 1962, p. 483, effettua la seguente precisazione: la nullità del provvedimento giurisdizionale può conseguire in via diretta o indiretta. Quando la violazione della disciplina dettata all'art. 156 c.p.c. è riscontrabile nel provvedimento stesso, allora la nullità è di tipo diretto; viceversa, se l'invalidità del provvedimento deriva dalla dichiarazione di nullità di atti effettuati nel corso del processo, in accordo con la regola che la nullità si estende a tutti gli atti successivi dipendenti (arg. ex art. 159 c.p.c.) e sul presupposto che il processo è formato da una sequela di atti fra loro concatenati che culminano con l'emanazione della statuizione finale, in questi casi la nullità del provvedimento è di tipo indiretto (o derivata). Sempre sotto questo punto di vista, poi, chiarisce DENTI V., *Nullità*, cit., p. 473, che la regola della concatenazione degli atti processuali varrebbe solo per i poteri con funzione propulsiva, non già per quelli di acquisizione probatoria; per questi ultimi, la nullità comporta per il giudice il dovere di non tenerne conto, salva la possibilità di una loro rinnovazione. Ad ogni modo, per una ricostruzione in senso critico della distinzione testé indicata fra nullità diretta e derivata si rinvia al contributo di POLI R., *Invalidità ed equipollenza*, cit., pp. 168 – 173.

Più distesamente, viene stabilito che l'atto è nullo solo se un'espressa disposizione legislativa sancisce, appunto, la nullità in mancanza di quel determinato requisito formale.

Sennonché, il comma successivo non esita a dilatare l'area del vizio, creando una rilevante eccezione al principio di tassatività (162), in quanto la nullità, a prescindere dalle disposizioni che espressamente la contengono, «*può essere tuttavia pronunciata quando l'atto manca dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo*».

La norma affida all'interprete un doppio livello di indagine:

a) *in primis*, individuare lo scopo – o i plurimi scopi – cui il legislatore ha oggettivamente preordinato il compimento dell'atto (163);

b) in secondo luogo, valutare in astratto se una determinata carenza dell'atto rispetto al suo schema legale tipico – malgrado non sia stata prevista dal legislatore a pena di nullità – renda l'atto inidoneo al raggiungimento dello scopo predeterminato per legge (164).

(162) Per una ricostruzione unitaria dei primi due commi dell'art. 156 c.p.c., v. NASI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Pescara, 1997, p. 192, il quale considera come meramente esemplificativa la disciplina dettata al primo comma: «*la verità è invece che il criterio è uno solo, questo: la forma dell'atto deve essere idonea al raggiungimento dello scopo, cioè deve contenere tutti i requisiti indispensabili affinché l'atto raggiunga il suo scopo. Il primo comma dell'art. 156 ci ricorda che vi sono dei casi nei quali è la legge stessa che, in applicazione di questo criterio, stabilisce che un determinato requisito di forma è indispensabile affinché l'atto raggiunga il suo scopo e pertanto dispone che, mancando qual requisito, l'atto è nullo; mentre in tutti gli altri casi l'applicazione del criterio è affidata a noi; in altri termini: siamo noi che, con il nostro ragionamento, dobbiamo arrivare a capire se un determinato requisito è o non è indispensabile affinché l'atto raggiunga il suo scopo. Ecco tutto*».

(163) La constatazione è pacifica in dottrina. Così REDENTI E., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1957, p. 231, secondo il quale, di riflesso, non può rilevare lo scopo soggettivo che si era prefissato l'autore dell'atto. Sul punto anche POLI R., *Invalidità ed equipollenza*, cit., p. 401 ss.; MARTINETTO G., *Delle Nullità*, in *Commento al codice di procedura civile*, diretto da ALLORIO E., Milano, 1973, p. 1576 ss; MARELLI F., *La conservazione degli atti invalidi*, cit., p. 47; v. infine ORIANI R., voce *Nullità*, cit., p. 3: «*lo scopo dell'atto è quello che gli assegna la legge nel processo, in via astratta ed obiettiva, e deve dunque essere ricercato caso per caso data la sua ampiezza e l'elevata discrezionalità dell'interprete nell'individuarelo*».

(164) La regola costituisce un evidente corollario del c.d. principio di strumentalità delle forme, o di congruità delle forme allo scopo, il quale trova un fondamento positivo nel codice di rito agli artt. 121 e 131 c.p.c. In sintesi, stando a tale principio, ciascun atto, anche in assenza di una specifica disciplina legislativa, deve essere redatto in modo tale che possa raggiungere la sua funzione obbiettiva. Per una ricognizione dottrinale del principio v. già CHIOVENDA G., *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in *Saggi Dir. Proc. Civ.*, Bologna, 1904, p. 191; CARNELUTTI F., *Istituzioni*, I, cit., p. 297; REDENTI E., *Atti processuali civili*, cit., p. 119; CORMIO B., *Degli atti in generale*, cit., 1351; LIEBMAN E. T., *Manuale*, I, cit., p. 201.

Infine, a concludere la sequenza logica c'è il terzo comma dell'art. 156 c.p.c. (165), stando al quale «*la nullità non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato*» (166). Un'evenienza, questa, riscontrabile *a posteriori* (167), dopo aver constatato l'effettiva realizzazione in concreto dello scopo cui l'atto era preordinato (168).

La peculiare conformazione stilistica, che fa assumere all'articolo un andamento oscillatorio (169), è indicatrice di una circostanza fondamentale: il principio di congruità delle forme allo scopo è il fulcro intorno al quale ruotano le vicende delle nullità degli atti processuali civili (170).

(165) Peraltro, questa disposizione costituisce una novità della codificazione del 1942, in quanto nel previgente codice di rito le disposizioni sui vizi importanti la nullità degli atti processuali erano esclusivamente costituite dai primi due commi dell'art. 56, c.p.c. del 1865, che così complessivamente disponevano: «*non può pronunziarsi la nullità di alcun atto di citazione o di altro atto di procedura, se la nullità non sia dichiarata dalla legge. Possono tuttavia annullarsi gli atti, che manchino degli elementi che ne costituiscono l'essenza*». Per riscontri testuali si rimanda alla pubblicazione di PICARDI N. – GIULIANI A. (a cura di), *Codice di procedura civile del Regno d'Italia 1865*, Milano, 2004, p. 248. Per l'esegesi di tali postulati v. REDENTI E., *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938, p. 568 ss.; MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 3^a ed., II, Milano, 1910, p. 804 ss.; infine, FOSCHINI GAET. – FOSCHINI GIUS., *I motivi del codice di procedura civile del Regno d'Italia*, Torino – Firenze, 1870, p. 78 ss., anche per richiami alle precedenti similari disposizioni presenti nel codice di procedura del Regno di Sardegna del 1854 (art. 1122) e di Piemonte del 1859 (art. 1158).

(166) La dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere la subordinazione del primo comma a questo enunciato. Ad esempio, infatti, l'atto di citazione privo dell'indicazione della data di udienza sarebbe nullo ex art. 164, co. 1, c.p.c.; eppure, in ogni caso in cui la parte riesca lo stesso a costituirsi, al giudice è inibita la dichiarazione di nullità dell'atto (arg. ex art. 164, co. 3, c.p.c.). Per riscontri v. MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 506 ss. *Contra* in passato REDENTI E., *Diritto processuale civile*, I, 3^a ed. agg., Milano, 1980, p. 255; per l'A., la convalidazione dell'atto *a posteriori* per raggiungimento dello scopo (comma 3) va interpretata restrittivamente, nel senso che esso non ha rilevanza «*quando facciano difetto dei requisiti indispensabili secondo la legge*».

(167) Specificamente sul punto GIOVANARDI C. A., *Sullo scopo dell'atto processuale, in relazione alla disciplina delle nullità*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987, II, p. 282; FAZZALARI E., *In tema di sanatoria dell'atto processuale per raggiungimento dello scopo*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1946, II, p. 169 ss. V. anche, in manualistica, MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 564: «*la constatazione che lo scopo è stato raggiunto avviene a posteriori, e cioè può tener conto di una serie di circostanze, obbiettivamente imprevedibili, ma di cui la realtà concreta è sempre feconda, che abbiano portato al raggiungimento dello scopo, nonostante l'inidoneità intrinseca dell'atto*».

(168) LUISE F. P., *Diritto processuale civile*, cit., p. 412, ricorre al concetto della «*convalidazione oggettiva*» della fattispecie; *contra* NASI A., *Lezioni di diritto processuale*, cit., p. 193. Decisamente radicale, invece, l'impostazione di MINOLI E., *L'acquiescenza nel processo civile*, Milano, 1942, p. 261, il quale, aprendo in detta materia un varco all'arbitrio, afferma che il codice opererebbe una «*espressa parificazione delle forme previste esplicitamente dalla legge alle forme ricavabili per analogia in funzione dell'eventos*»; tale ultimo indirizzo ermeneutico trova – fra gli altri – in CORDERO F., *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1961, p. 704, aspre critiche, in quanto nella tesi di Minoli «*serpeggia una larvata polemica nei confronti della legge*».

(169) REDENTI E., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 254, definisce figurativamente l'andamento dell'art. 156 c.p.c. come «*a va e vieni*».

(170) Fra gli altri MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 505; POLI R., *Invalidità ed equipollenza*, cit., p. 158; MARTINETTO G., *Delle Nullità*, cit., p. 1578; ORIANI R., voce *Nullità*, cit., p. 2.

Sotto questo medesimo punto di vista, dunque, può essere evidenziato che i – pochi (171) – casi in cui il codice, ai sensi dell'art. 156 c.p.c., co. 1, c.p.c., ha espressamente previsto a pena di nullità la presenza di determinati requisiti dell'atto, costituiscono una mera esemplificazione delle più nutrite ipotesi nelle quali al giudice sarebbe consentita la dichiarazione di nullità in ossequio all'assorbente principio della congruità delle forme allo scopo (172), sempreché quest'ultimo non sia stato concretamente raggiunto (173).

Peraltro, seppure il codice faccia esclusivo riferimento ad eventuali carenze formali, la dottrina maggioritaria è concorde nel ritenere che l'atto sia invalido anche quando manchi dei requisiti c.d. *extra* – formali (174), inquadrabili nel più ampio concetto dei presupposti processuali necessari affinché possa validamente compiersi

(171) Così rileva in particolare JAEGER N., *Diritto processuale civile*, Torino, 1944, p. 388. In effetti, sono esigue le ipotesi in cui il legislatore ha espressamente comminato la nullità per carenza di requisiti degli atti processuali. Di seguito, un'esautiva elencazione: la non pubblicità delle udienze (art. 128 c.p.c.), i vizi relativi alla costituzione del giudice (art. 50 *quater* c.p.c.) o all'intervento del p.m. (art. 158 c.p.c., arg. ex art. 70 c.p.c.), la violazione del principio del contraddittorio a seguito della rilevazione ufficiosa del giudice di questioni nuove (art. 101, co. 2, c.p.c.), i vizi della notificazione (art. 160 c.p.c.), i vizi attinenti all'atto di citazione (artt. 163 – 164 c.p.c.) o alla comparsa di risposta (art. 167 c.p.c.), l'omessa indicazione delle prove nella querela di falso (art. 221 c.p.c.), il patto derogatorio della competenza territoriale nel rito del lavoro (art. 413, ultimo co., c.p.c.) ed in quello locatizio (art. 447 *bis* c.p.c.), i vizi del precetto (art. 480 c.p.c.), l'assenza di forma scritta della convenzione arbitrale (artt. 807 – 808 *bis* c.p.c.), la violazione del termine fissato per la pronuncia del lodo nel procedimento arbitrale (art. 820 c.p.c., arg. ex art. 821 c.p.c.), i vizi attinenti al lodo arbitrale (art. 829 c.p.c.).

(172) Va da sé che il rilievo mantiene valore finché sia rintracciabile una corrispondenza biunivoca fra previsione espressa di nullità ed essenzialità del requisito per il raggiungimento dello scopo dell'atto. Allorquando, in preda all'arbitrio, il legislatore iniziasse a sanzionare, mediante previsione di nullità, carenze del tutto marginali degli atti, come tali non inficianti la astratta idoneità al raggiungimento dello scopo, l'affermazione riportata nel testo finirebbe per essere travolta.

(173) Osserva in proposito CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, II, cit., p. 495, che il raggiungimento dello scopo può assumersi quale convalidazione, «*intesa come condotta dell'autore o del destinatario dell'atto, il quale o elimina il vizio o ne dimostra la innocuità, [con il riflesso che] la nullità sarebbe una conseguenza eccessiva, per quanto il vizio sia essenziale*».

(174) Si è già visto *retro* Cap. II, pp. 94 – 100, sotto quale prospettiva deve essere risolta l'apparente contrapposizione fra la forma ed il contenuto del provvedimento. Tuttavia, in virtù dell'analisi condotta, sembra trovare spazio all'interno della disciplina degli atti anche il loro c.d. regolamento sostanziale, intendendosi con esso il complesso dei presupposti necessari per la loro valida emanazione. La dottrina pressoché unanime intende così contrapporre, ai requisiti formali dell'atto, altri a carattere non formale (o *extra* formale). Della patologia di queste fattispecie non si discute: infatti, il difetto di un presupposto processuale o di una condizione dell'azione determina l'invalidità dell'atto processuale che ne è affetto: per riscontri esemplificativi v. SATTA S., *Commentario*, I, cit., p. 535; DENTI V., *Delle nullità*, cit., p. 470; ID., *Procedimento civile (Atti del)*, cit., p. 553 ss.; MARTINETTO G., *Delle nullità*, cit., p. 1579; LA CHINA S., *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, Milano, 1991, p. 740; CIACCIA CAVALLARI B., *La rinnovazione nel processo di cognizione*, Milano, 1981, p. 98; GRASSO E., *Nullità degli atti processuali per incompetenza del procuratore e regime delle spese*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1961, II, p. 314 ss.; MONTESANO L. – ARIETA G., *Diritto processuale civile*, cit., I, p. 372; MARTINETTO G., *Della nullità degli atti*, cit., p. 1579 ss.

l'esercizio dei poteri che l'ordinamento attribuisce, rispettivamente, alle parti o al giudice (175).

Le posizioni della dottrina diventano invece piuttosto articolate in punto di individuazione della disciplina giuridica di siffatte invalidità (176). Ad ogni modo, si ritiene corretta l'impostazione che consente di applicare a queste ipotesi i consueti principi che governano la nullità per vizi formali dell'atto ex artt. 156 ss. c.p.c.: infatti, «nel codice di rito, per forma debba intendersi il modo di esercizio del potere giuridico o, ancor più precisamente, il modo di essere dell'atto, e che le norme sulla forma degli atti processuali sono le norme sulle condizioni che devono essere rispettate affinché

(175) In manualistica, per una individuazione dei presupposti processuali si rinvia anzitutto a LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1997, p. 48 ss., il quale li individua in *numerus clausus*, tripartendoli a seconda che essi attengano all'organo giudicante (giurisdizione, competenza e regolare costituzione del giudice), all'oggetto della controversia (cosa giudicata, litispendenza ed altri impedimenti quali il compromesso arbitrale o le ipotesi di giurisdizione condizionata), alle parti (capacità, legittimazione ed interesse ad agire, rappresentanza tecnica corretta instaurazione ed integrità del contraddittorio). MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 1975, p. 36 ss., distingue i presupposti processuali a seconda che essi fungano da requisiti di esistenza del processo (giurisdizione), ovvero da requisiti di validità o procedibilità del processo (competenza del giudice, capacità processuale e rappresentanza delle parti; nelle successive edizioni, l'A. comprende sotto questa prospettiva anche i fenomeni della giurisdizione condizionata e del compromesso arbitrale), distinguendo da essi le c.d. condizioni dell'azione (possibilità giuridica, legittimazione e interesse ad agire), in quanto requisiti intrinseci della domanda proposta in giudizio dalla parte. Per approfondimenti si rinvia al contributo di MANDRIOLI C., voce *Presupposti processuali*, in *N.s.simo Dig. It.*, XIV, Torino, 1958, p. 786 ss., il quale evidenzia come «l'espressione presupposti processuali, pur conservando una certa utilità pratica, ha una portata della quale occorre porre in rilievo la genericità e la scarsa precisione terminologica. In sostanza, il significato più corretto da attribuire a codesta espressione è quello col quale essa si riferisce a tutti i gradi di presupposti», che va da quelli indispensabili «per l'esistenza del rapporto giuridico processuale» a quelli concernenti «ogni singolo ulteriore atto del processo»; su tali questioni cfr. anche LA CHINA S., voce *Presupposti processuali*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 300 ss.; VOCINO C., voce *Presupposti processuali*, in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1991, p. 1 ss.

(176) Come efficacemente sottolineano MONTESANO L. ARIETA G., *Trattato di diritto processuale civile*, I, 1, Padova, 2001, p. 806, può definirsi assai frammentata la dottrina in punto di individuazione del regime giuridico delle nullità *extra* – formali. Ed in effetti, volendo schematizzare, per quanto possibile, il florilegio dottrinale registratosi in tema di individuazione del regime giuridico di accertamento del vizio, può essere osservato quanto segue: CARNELUTTI F., *Istituzioni*, cit., p. 337, è favorevole all'applicazione analogica della disciplina degli artt. 156 – 163 c.p.c.; per un'interpretazione improntata a conformità con lo spirito dell'ordinamento è orientato REDENTI E., *Diritto processuale civile*, I, 2^a ed. agg., Milano, 1957, p. 233, il quale ritiene applicabile la disciplina prevista per le nullità assolute; viceversa, secondo GRASSO E., *Nullità degli atti processuali per incompetenza del procuratore e regime delle spese*, cit., p. 324, la disciplina dovrebbe desumersi a partire dal concetto di inesistenza della sentenza (cfr. in seguito anche ID., *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e la nullità da ultra ed extra petizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1965, p. 410); infine, v. l'impostazione – che si ritiene di condividere – di MANDRIOLI C., *In tema di c.d. vizi non formali degli atti processuali civili*, in *Jus*, 1966, p. 329, il quale, fornendo una visione per cui ogni tipo di invalidità si riflette nel profilo formale dell'atto, afferma la diretta applicabilità della disciplina dettata in tema di nullità, in quanto «proprio la nullità [è] la conseguenza anche di quei difetti ai quali comunemente ci si riferisce con l'espressione vizi non formali, ossia i difetti di presupposti e i difetti di volontà (...) venendo meno l'esigenza stessa di creare un'apposita categoria»; nello stesso senso anche POLI R., *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, cit., pp. 484 – 485.

l'atto processuale concretamente posto in essere sia valido e, di conseguenza, produca i suoi effetti tipici» (177).

L'analisi, così tratteggiata, della disciplina dettata in tema di vizi di nullità dal codice di rito, consente di effettuare la seguente considerazione di fondo: nel processo civile, il regime di tassatività delle nullità può definirsi meramente apparente (178). In accordo con ciò, viene affidato all'interprete un ruolo fondamentale: da un lato, valutare in astratto l'inidoneità di un atto, così come formato, a raggiungere lo scopo affidatogli dalla legge nonostante l'assenza di una specifica comminatoria di nullità; dall'altro, verificare in concreto se esso abbia comunque realizzato il suo scopo, a prescindere dalla sanzione legislativa prevista in astratto.

In ultima analisi – comparatistica – può rilevarsi che la rigida linea di demarcazione fra previsione normativa e operato dell'interprete rintracciabile nel sistema delle invalidità penali (179), nel processo civile viene inevitabilmente meno, in quanto proprio l'art. 156 c.p.c. richiama l'attenzione sulla necessità di un suo intervento in senso integrativo (180).

Ad ogni modo, quale che sia la conformazione strutturale del vizio di nullità, ovvero la sua tipologia, l'ordinamento processuale prevede meccanismi di sanatoria dell'atto viziato ulteriori rispetto al raggiungimento dello scopo: dunque, a prescindere dall'impostazione prescelta (181), la nullità, anche qualora di tipo assoluto ex art. 158 c.p.c., sarà definitivamente convalidata, al più tardi, nel momento in cui la sentenza si

(177) Così POLI R., *Invalidità degli atti processuali*, cit., p. 361.

(178) Muovendo da simili considerazioni RICCA BARBERIS M., *Preliminari e commento al codice di procedura civile*, I, Torino, 1944, p. 257, afferma che «l'articolo [156 c.p.c.] *mantien infatti il principio di legalità delle forme, mentre combatte il formalismo, escludendo che il valore di queste sia indipendente dallo scopo per cui furono dettate*».

(179) In sintesi, il rigido principio di tassatività delle nullità processuali penali non consente al giudice tali elastici margini interpretativi rispetto alla previsione normativa, in quanto solo le difformità espressamente contemplate dalla legge possono integrare ipotesi di nullità (arg. ex art. 177 c.p.p. vigente). Sul punto cfr. quanto già rilevato *retro* Cap. I, Sez. II, p. 34 ss.

(180) Infatti, come correttamente osservato da NAPPI G., *Commentario al codice di procedura civile*, I, 2, Milano, 1941, p. 902, «la legge non prescrive sempre quali siano i requisiti formali di un atto, affidandosi alcune volte al giudice».

(181) Va dato atto, infatti, di un dissidio fra dottrina e giurisprudenza sul tema del regime di rilevazione del vizio di nullità assoluta ex art. 158 c.p.c.: secondo l'impostazione fornita dalla giurisprudenza (*ex multis* Cass. Civ., 28 agosto 2004, n. 17210), anche le nullità di tipo assoluto si convertono in motivi di impugnazione in base alla regola dell'assorbimento, pena il passaggio in giudicato interno delle relative questioni; viceversa, stando alle elaborazioni scientifiche maggioritarie, il carattere assoluto della nullità si risolve nel fatto che essa può dirsi sanata esclusivamente in virtù del passaggio in giudicato della pronuncia, ovvero, nel caso di espressa pronuncia del giudice nel senso dell'insussistenza del vizio, a seguito della mancata impugnazione della statuizione (per tutti CONSOLO C., *Spiegazioni*, I, cit., p. 336).

intende passata in giudicato *ex art. 324 c.p.c.* per mancato esercizio del potere di impugnazione nei termini.

Dunque, nonostante l'elasticità dell'impostazione dogmatica in tema di nullità, dall'analisi del suo regime giuridico può essere ricavata la seguente regola generale: dal punto di vista funzionale, quale che sia l'entità, il vizio di nullità non sopravvive alla formazione del giudicato (182).

Di qui, l'esigenza di delineare un'ulteriore figura di invalidità, ovvero quella dell'inesistenza giuridica degli atti di parte e dei provvedimenti del giudice, che come si vedrà a partire dal prossimo paragrafo, è stata generalmente intesa quale limite superiore alle invalidità *sub specie nullitatis* (183).

5.3. La figura dell'inesistenza giuridica.

Il concetto di inesistenza origina dalle elaborazioni della pandettistica tedesca applicate al negozio giuridico di diritto privato (184), per poi essere trasfuso, con operazione tutt'altro che agevole, nelle vicende processuali (185).

(182) V. ancora MANDRIOLI C., *L'assorbimento*, cit., *passim*; DENTI V., voce *Nullità*, cit., p. 470; cfr. CERINO CANOVA A., *La garanzia costituzionale del giudicato civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1977, I, p. 395.

(183) Per FERRARI S., *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1958, II, p. 515, nullità ed inesistenza sono concetti senz'altro appartenenti «ad una medesima categoria».

(184) Sul tema – sconfinato – non può che rinviarsi, per tutti, a SAVIGNY F. C., *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. a cura di SCALOJA V., IV, Torino, 1889, p. 610 ss. Volendo invece indicare, pur sempre senza pretesa di completezza, i più rilevanti contributi alla teoria dell'inesistenza del negozio giuridico avutisi in Italia, si v. FEDELE A., *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1983, nonché in precedenza ID., *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943; FILANTI G., *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983; SACCO R., *Le invalidità*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO P., X, Torino, 1982, p. 469 ss.; BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, 2^a ed., Torino, 1960, p. 465 ss.; FERRARI S., *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., p. 514; CARIOTA FERRARA L., *Inesistenza e invalidità dei negozi giuridici*, in *Foro It.*, 1948, IV, p. 33 ss.; CONSO G., *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., *passim*. Per i riflessi logico – deontici della teoria cfr. lo studio di CONTE A. G., *Studio per una teoria della validità*, Milano, 1970.

(185) Quanto mai frammentarie le impostazioni dottrinali avutesi sul tema dell'accoglimento della teoria generale sull'inesistenza del negozio giuridico nelle vicende del processo civile, ed in particolare quale vizio invalidante il provvedimento finale del giudice. Identifica il concetto di nullità con quello di inesistenza MORTARA L., *Manuale della procedura civile*, I, Torino, 1921, p. 83: «quando si dice che un atto è nullo per mancata osservanza delle forma stabilite dalla legge, ciò significa che il giudice debba considerarlo come inesistente, cioè improduttivo degli effetti giuridici a cui era destinato». Di contro, accetta il concetto di inesistenza CHIOVENDA G., *Principii*, cit., p. 898 ss., il quale nello specifico accoglie la distinzione fra sentenza inesistente (emessa a non iudice, non scritta ovvero non pubblicata) e sentenza assolutamente nulla (emanata in difetto di giurisdizione, nei confronti di convenuto indeterminato ovvero recante dispositivo impossibile); stessa partitura viene effettuata da CALDA A., *Le nullità assolute della sentenza civile*, Roma, 1908, p. 361 ss.; del pari CALAMANDREI P., *La Cassazione*

La nozione assume una duplice accezione: nel senso linguistico comune, ove viene intesa quale inesistenza materiale della fattispecie (186), ovvero nella sua

civile, cit., II, p. 172 ss., distingue l'evenienza della sentenza giuridicamente inesistente da quella della sentenza assolutamente nulla, quest'ultima esistente come atto processuale e vincolante per il giudice che l'abbia emanata. Fra i primi A. ad accettare il concetto di inesistenza, nonché abbandonando l'ambigua terminologia di sentenza assolutamente nulla, LESSONA C., *Nullità ed inesistenza di sentenza*, in *Foro It.*, 1911, I, p. 10 ss., il quale evidenzia come queste ultime evenienze comportino pur sempre la possibilità di impugnativa della sentenza (tale A. ritiene peraltro applicabile il concetto di inesistenza alla sola ipotesi della sentenza emessa da giudice carente della giurisdizione). Anche per BETTI E., *Diritto processuale civile italiano*, 2^a ed., Roma, 1936, p. 633 ss., la nozione di sentenza inesistente a livello materiale, ovvero sfornita di pronuncia o di ogni altro dei suoi elementi essenziali di identificazione giuridica, si contrappone solo a quella di sentenza annullabile seppure efficace; completamente adesiva l'impostazione di DI SEREGO C., *La sentenza inesistente*, Verona, 1938, p. 79 ss. Per quanto concerne il pensiero di CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, Padova, 1926, p. 464 ss., egli concede rilevanza al solo istituto dell'inesistenza, ovvero quando la sentenza manca dei suoi elementi indispensabili, ravvisati nel giudice, nelle parti e nella statuizione o comando; di riflesso, egli rigetta in radice la nozione di sentenza assolutamente nulla. Tale impostazione viene confermata nel successivo contributo di ID., *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1955, p. 210, ove si chiarisce che «il vizio dell'atto consiste sempre in un difetto di coincidenza tra il fatto reale e il tipo sociale assunto dalla legge come fattispecie». Viceversa, per SATTA S., *Sull'inesistenza degli atti processuali*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1956, p. 340 ss., la nozione di inesistenza non può essere accettata nelle logiche del diritto processuale accanto a quella di nullità, in quanto aventi il medesimo contenuto semantico; v. pure ID., *sub art. 156*, in *Commentario*, cit., p. 536: «nullità non è altro che la difformità dell'atto al proprio modello: poiché l'atto è giuridico, ha la sua fattispecie nelle norme che lo disciplinano, e fuori di questa conformità alla fattispecie si ha un atto nullo, cioè non si ha un atto». In particolare, secondo questo A., la distinzione tra atto nullo ed atto inesistente si fonderebbe «nella erronea credenza che l'atto nullo sia tuttavia un atto giuridicamente rilevante, soltanto imperfetto rispetto al modello, e quindi suscettibile di acquistare la sua piena validità attraverso una sanatoria, una delle molteplici sanatorie previste dalle norme di cui ci occupiamo. All'opposto vi sarebbero degli atti talmente viziati da considerarsi privi dei loro elementi costitutivi, o di alcuno di questi elementi, che non ammetterebbero sanatoria, non avrebbero bisogno di impugnazione, non potrebbero quindi produrre alcun effetto, sarebbero tamquam non essent». Ebbene, la dimostrazione della impossibilità di una tale distinzione passa per il fatto che «i sostenitori di essa non riescono poi a trovare alcuna discriminazione tra elemento ed elemento, fra vizio e vizio: ed è naturale che non riescano, perché, dovendo l'atto, per essere, riprodurre la fattispecie legale, qualunque difformità da questa fattispecie, incide necessariamente, e logicamente sulla sua essenza». Contrario alla teorizzazione dell'inesistenza anche DE LA GRANGE K. A., *Essere e non essere della sentenza*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1952, pp. 1236 – 1237. Altri A., infine, prescindendo dal merito della disputa, evidenziano come la questione finisca per coinvolgere il piano meramente terminologico (così PATERI G., *Gli atti della procedura civile*, cit., p. 269 ss.). Sotto altro profilo, poi, va dato anche atto dell'impostazione – oggi dominante – tesa a ricondurre le figure di invalidità essenzialmente in due tipologie: inesistenza giuridica da un lato (al cui interno vengono fatte confluire le tradizionali ipotesi di sentenza assolutamente nulla), vizio di nullità dall'altro. In tal senso ASCARELLI T., *Inesistenza e nullità*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1956, I, p. 61 ss.; sostanzialmente adesiva l'impostazione di ROCCO U., *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, 1957, p. 269, il quale, muovendo dalla medesima impostazione di fondo, chiarisce che la distinzione fra nullità ed inesistenza va effettuata in relazione al tipo di invalidità che l'atto reca in sé: quando gli elementi essenziali dell'atto sono presenti ma viziati, si può parlare di nullità; quando tali requisiti essenziali mancano, si può parlare di nullità radicale o inesistenza. Infine, come si vedrà più approfonditamente in seguito, merita rilievo, all'interno di questa cornice concettuale, l'ulteriore suddivisione adottata da BESSO C., *La sentenza*, cit., fra inesistenza relativa ed assoluta.

(186) Sul concetto di inesistenza materiale, salvo quanto si osserverà a breve nel testo in materia di atti endoprocessuali, vanno in questa sede effettuate alcune precisazioni. Innanzitutto, stando all'impostazione di chi rigetta in radice la nozione di inesistenza giuridica, quello di inesistenza materiale è l'unico concetto rilevante al fine di tracciare un limite superiore alle ipotesi di nullità processuali (sul punto DE VALLES A., *Un concetto errato: gli atti giuridicamente inesistenti*, in *Foro It.*, 1953, I, p. 505 ss.). Viceversa, fra gli A. che muovono dal diverso presupposto che la figura dogmatica dell'inesistenza

accezione giuridica, per cui l'atto concretamente esiste ma risulta radicalmente inefficace.

Come si ricorderà, il concetto di inesistenza è stato utilizzato in via interpretativa per ovviare a talune situazioni problematiche di matrice processuale, con evidenti riflessi pregiudizievoli nel campo dei diritti soggettivi. In particolare, le motivazioni che hanno spinto la dottrina processual – penalistica ad introdurre la figura dell'inesistenza nel sistema delle invalidità derivano dalla circostanza che, stando al rigido principio di tassatività, un atto non può essere censurato, e quindi rimane valido ed efficace, se la difformità dal suo schema legale non è stata espressamente prevista dalla legge come causa di nullità (187).

Viceversa, l'esigenza di introdurre il concetto di inesistenza negli schemi del diritto processuale civile sembra andare oltre la possibilità di rilevare un vizio altrimenti ineliminabile.

Infatti, le riflessioni svolte sulla disciplina delle nullità processuali civili consentono di rilevare come, in linea puramente astratta, il principio dell'inidoneità al raggiungimento dello scopo sia perfettamente in grado di arginare qualsiasi tipo di difetto dell'atto, per quanto macroscopico (188).

del provvedimento sul piano giuridico sia rilevante nonché utile, si possono rintracciare due opposte direttrici di pensiero. Per SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 351, il binomio assume rilevanza in quanto contribuisce alla demarcazione concettuale delle due evenienze; per CONSO G., *Sull'abuso del concetto di atto processuale inesistente*, in *Giur. It.*, 1951, II, p. 30, solo la nozione di inesistenza giuridica può assumere valore, tanto più che il regime degli atti materialmente inesistenti è identico alla disciplina ricavata in via interpretativa per le ipotesi di inesistenza giuridica; concorde anche BALENA G., *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984, p. 272. Ad ogni modo, sul piano generale del diritto è stato precisato che la relazione testé indicata non risulta sempre valida, in quanto vi sono peculiari ipotesi nelle quali un dato comportamento omissivo (di per sé indice di inesistenza materiale della fattispecie) può comunque essere idoneo a produrre effetti dal punto di vista giuridico, come ad esempio nel caso di silenzio assenso della P.A.: così CARANTA R., *Inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990, p. 6 ss. Per approfondimenti sulla tematica del comportamento omissivo v. in particolare MAIORCA C., *Fatto giuridico. Fattispecie*, in *N.vo Dig. It.*, Torino, 1961, p. 123.

(187) Più approfonditamente v. *retro* Cap. I, Sez. II, spec. p. 34 – 35.

(188) Così PUNZI C., *Il processo civile*, cit., pp. 81 – 84. Sui limiti di applicazione della regola del raggiungimento dello scopo ex art. 156, co. 3, c.p.c. v. da ultimo POLI R., *Invalidità ed equipollenza*, cit., p. 416 ss.; in precedenza MARTINETTO G., *Delle nullità*, cit., p. 1592 ss. v. sul punto anche MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 565, nota 17, per cui l'art. 156, co. 3, c.p.c. è «un mezzo di conservazione dell'atto viziato e non un mezzo per acquisire gli effetti di un atto totalmente mancante». Sotto quest'ultimo punto di vista, dunque, il concetto di inesistenza materiale sembra assumere, all'interno del procedimento, una sua precisa valenza ed utilità. Cfr. anche JEMOLO A. C., *Inesistenza, nullità assoluta della sentenza, difetto di giurisdizione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1966, p. 1317.

Ragion per cui, la *ratio* dell'istituto può verosimilmente essere rintracciata nell'esigenza di una maggior tutela per la parte che non abbia – per qualsiasi ragione – denunciato il vizio entro i termini per impugnare il provvedimento (189).

Infine, l'inesistenza può interessare tanto gli atti endoprocessuali di parte (190) quanto i provvedimenti dell'organo pubblico, qual è per eccellenza la sentenza emanata nel processo ordinario di cognizione.

Ciò chiarito in via preliminare, nonché in virtù dello scopo cui mira la presente ricerca, l'analisi continuerà prendendo a modello la nozione di inesistenza giuridica applicata ai provvedimenti del giudice (191).

5.3.1. L'inesistenza giuridica del provvedimento.

La nozione di provvedimento giuridicamente inesistente (192) evoca un preciso regime giuridico dell'atto: la decisione così viziata è insanabile in modo assoluto (193),

(189) In argomento BALENA G., *In tema di inesistenza, nullità assoluta ed inefficacia delle sentenze*, in *Foro It.*, 1993, I, p. 180, il quale afferma che mentre l'inesistenza può essere fatta valere senza restrizioni temporali, attraverso l'esperimento di un'apposita *actio nullitatis*, o in sede di opposizione all'esecuzione, la nullità può essere fatta valere esclusivamente nei limiti e secondo le regole dei mezzi di impugnazione del provvedimento che la contiene; a parte questa constatazione di teoria generale, lo stesso A. riconosce un certo valore all'orientamento giurisprudenziale che, per il resto, «*tende ad utilizzare, indifferentemente, quasi fossero sinonimi, i concetti di nullità e di inesistenza*».

(190) Sull'inesistenza, giuridica o finanche materiale (intesa quale omissione), degli atti del procedimento, v. POLI R., *Invalidità ed equipollenza*, cit., p. 285 ss.; MARELLI F., *La conservazione degli atti invalidi*, cit., p. 252 ss.; BESSO C., *La sentenza civile inesistente*, cit., p. 21 ss.; AULETTA F., *Nullità e inesistenza*, cit., p. 217 ss.; DENTI V., voce *Inesistenza*, cit., p. 638. Se da un lato, dunque, il richiamo alla disciplina dell'inesistenza finisce per costituire l'*escamotage* affinché gli atti di parte sfuggano alle regole di sanatoria ex art. 156, co. 3, c.p.c. (sul punto BESSO C., op. cit., p. 26; ma cfr. le esemplificazioni in senso critico di POLI R., op. cit., p. 287), dall'altro non può che aderirsi all'opinione di chi ha sostenuto, in ossequio al principio dell'autosufficienza della sentenza, che la loro invalidità finisce per perdere ogni rilevanza allorquando venga emanato il provvedimento conclusivo senza che la parte si avvalga dell'onere di impugnazione per far valere il vizio (su cui POLI R., op. cit., p. 284; AULETTA F., op. cit., p. 217; in passato CORDERO F., *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, cit., p. 685, nota 14). Da ultimo, sul tema del raggiungimento dello scopo quale sanatoria dell'atto endo – procedimentale omissivo v. POLI R., *Rimessa alle sezioni unite la distinzione fra nullità ed inesistenza della notificazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, 2, p. 1105 ss.

(191) Le risultanze dell'indagine saranno poi oggetto di analisi in relazione alle fattispecie di abnormità del provvedimento del giudice.

(192) Secondo MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 516, il concetto di inesistenza giuridica del provvedimento viene calibrato al disposto dell'art. 161, co. 2, c.p.c., concernente l'ipotesi dell'inesistenza della sentenza per mancanza di sottoscrizione e funge da «*parametro della gravità del vizio*». Su tali questioni si ritornerà a più battute nel corso del testo. Per considerazioni sull'inesistenza giuridica del provvedimento v. anche MENCHINI S., *Il giudicato civile*, 2^a ed., Torino, 2002, *passim*.

(193) CONSO G., *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali civili*, cit., p. 119, parla di «*nullità veramente insanabile*».

in quanto manca dei requisiti minimi indispensabili per essere assunta a fattispecie giuridica (194). Per queste ragioni l'inesistenza rappresenta il punto più alto delle vicende dell'invalidità, ovvero «*il suo aspetto più intenso*» (195).

Con particolare riferimento ai provvedimenti conclusivi di procedimenti decisorii su diritti (196), è stato affermato in dottrina che l'inesistenza «*sopravvive alla formazione del giudicato*» (197). O meglio, secondo diversa prospettiva, il giudicato non riesce proprio a formarsi (198), in quanto la macroscopicità del vizio non consente l'applicazione del principio dell'assorbimento enunciato dall'art. 161, co. 1, c.p.c. (199).

(194) TORRENTE A., *Spunti per uno studio sull'inesistenza e sulla nullità della sentenza*, in *Studi in onore di E. Redenti*, II, Milano, 1951, p. 395. Sul punto già ZANZUCCHI T., *Il nuovo diritto processuale civile*, 3^a ed., I, Milano, 1943, p. 450; SATTA S., *Sull'inesistenza degli atti processuali*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1956, p. 341; ASCARELLI T., *Inesistenza e nullità*, cit., p. 62.

(195) Ancora MANDRIOLI C. – CARRATA A., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 517. Sotto questo punto di vista, il concetto va distinto da quello di nullità assoluta di cui all'art. 158 c.p.c. (vizi relativi alla costituzione del giudice o all'intervento del p.m.). Sebbene il dato semantico possa trarre in inganno, trattasi di ipotesi di nullità riconducibili alla regola dell'assorbimento dell'invalidazione nell'impugnazione, ovvero sanabili al più tardi mediante il passaggio in giudicato della statuizione finale. Per l'operatività della regola dell'art. 161, co. 1, c.p.c., nei confronti delle c.d. nullità insanabili, a differenza della casistica dell'inesistenza che vi si sottrae, v. DENTI V., voce *Nullità degli atti processuali civili*, cit., p. 478. Cfr. anche il contributo di ASCARELLI T., *Inesistenza e nullità*, cit., pp. 62 – 63, per cui «*i concetti sono diversi; con nullità ci riferiamo ad una sanzione dettata dalla norma in relazione a una fattispecie (...) che si suppone esistente, [mentre] con esistenza o inesistenza ci riferiamo alla sussistenza o meno di quella fattispecie*». Sulla scia di questa distinzione, ORIANI R., voce *Nullità degli atti processuali*, cit., p. 18, afferma che «*l'art. 161 cpv. (...) serve a dare fondamento normativo alla distinzione tra nullità con rilevanza endoprocessuale e nullità con rilevanza extraprocessuale*». Per alcuni riferimenti giurisprudenziali in merito v. ad es. Cass. Civ., 11 gennaio 2010, n. 236; Cass. Civ., 2 ottobre 2003, n. 14699, in *Jus*, 2004, 6, p. 835; Cass. Civ., 28 giugno 2002, n. 9503, in *Arch. Civ.*, 2003, p. 453; cfr. ad ogni modo Cass. Civ., 8 giugno 2012, n. 9369, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 6, p. 764.

(196) Secondo DENTI V., voce *Inesistenza degli atti processuali civili*, cit., p. 637, «*il concetto di inesistenza disegna un fenomeno che è proprio, nel processo civile, dei soli provvedimenti giurisdizionali, e, va ancora specificato, di quei provvedimenti (...) decisorii*». Infatti, come già in precedenza osservato da ID., *Note sui provvedimenti non impugnabili*, cit., p. 32, il concetto di inesistenza è irrilevante rispetto ai provvedimenti ordinatori, avverso i quali l'*actio nullitatis* è sempre ammissibile, a prescindere dall'entità del vizio lamentato.

(197) Così DENTI V., voce *Inesistenza degli atti processuali civili*, cit., p. 636; v. anche ID., *Dall'azione al giudicato: temi del processo civile*, Padova, 1983, p. 230 ss.; CORDERO F., *L'inesistenza della decisione giudiziaria*, cit., p. 606.

(198) Per una ricostruzione in termini di inefficacia delle pronunce tradizionalmente considerate inesistenti v. GIANNOZZI G., *Per uno studio del concetto di inefficacia processuale*, in *Studi in memoria di C. Furno*, Milano, 1973, p. 437 ss.; cfr. anche BALENA G., *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984, p. 273. Sul tema v. oggi le critiche mosse da POLI R., *Invalidità ed equipollenza*, cit., pp. 299 – 301.

(199) In tale direzione muovono MANDRIOLI C. – CARRATA A., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 515; CONSOLO C., *Spiegazioni*, cit., I, pp. 95 – 96; CONSOLO G., *Prospettive*, cit., p. 118. Volendo esemplificare tali passaggi, non può che rinviarsi sul punto a LUISO F. P., *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, p. 18: «*il giudicato sostanziale presuppone la validità della sentenza, poiché attiene al contenuto della stessa; e dal canto suo il giudicato formale costituisce ragione di sanatoria (rectius, di irrilevanza) della nullità della sentenza se ed in quanto operi il principio dell'onere di impugnazione. La possibilità di contestare la validità della sentenza anche dopo il suo*

La dottrina pressoché unanime ravvisa nell'ipotesi della mancata sottoscrizione della sentenza da parte del giudice *ex art. 161, co. 2, c.p.c. (200)*, il fondamento positivo del regime giuridico dell'inesistenza giuridica, inteso quale eccezione al principio dell'assorbimento dei vizi di nullità in motivi di impugnazione (201).

Tale invalidità, dunque, in quanto insuscettibile di sanatoria, può essere sempre fatta valere dalla parte, mediante autonoma *actio nullitatis*, con l'opposizione all'esecuzione o persino in via di mera eccezione (202).

Viceversa appare delicato, anche alla luce delle considerazioni svolte, il tema della natura residuale del fenomeno rispetto ai dettami legislativi; ci si è chiesti, cioè, se il vizio espressamente enunciato sia tassativo ovvero esemplificativo del fenomeno dell'inesistenza (203). La risposta generalmente accettata in dottrina muove in quest'ultima direzione, trovando peraltro conferme nell'operato giurisprudenziale (204).

Infatti, nonostante l'astratta sovrapponibilità dogmatica fra il concetto di inesistenza ed il vizio di nullità per inidoneità al raggiungimento dello scopo, sono state rintracciate ipotesi limite per le quali il regime di inesistenza soddisfa maggiormente le

passaggio in giudicato formale si ha appunto quando non trova applicazione il principio dell'onere di impugnazione (nel qual caso ci troviamo dinanzi ad un vera e propria actio nullitatis)».

(200) Ad ogni modo, è dominante l'opinione secondo cui l'art. 161, co. 1, c.p.c., si applica a tutti i provvedimenti decisori, sebbene siano stati resi in forma diversa rispetto a quella della sentenza, nonché all'esito di procedimenti differenti rispetto a quello ordinario di cognizione. Fra gli altri DENTI V., voce *Nullità*, cit., p. 483; MANDRIOLI C., *L'assorbimento*, cit., p. 8; ORIANI R., voce *Nullità*, cit., p. 3.

(201) Art. 161, co. 2, c.p.c.: «questa disposizione [co. 1 medesimo art. 161 c.p.c., ovvero la regola dell'assorbimento] non si applica quando la sentenza manca della sottoscrizione del giudice».

(202) Sul regime giuridico della sentenza inesistente vi è concordanza in dottrina, che viceversa risulta divisa sulle singole fattispecie che dovrebbero comportare l'inesistenza del provvedimento (su cui a breve nel testo). Per riscontri, oltre agli A. citati *retro* Cap. I, Sez. II, pp. 40 – 41, alle note 163 – 170, quando si è affrontata la figura dell'inesistenza nel campo del diritto processuale penale, v. CALAMANDREI P., *Sopravvivenza*, cit., p. 114; MANDRIOLI C., *L'assorbimento*, cit., *passim*; DENTI V., voce *Inesistenza*, cit., p. 637; PROTO PISANI A., *Opposizione di terzo ordinaria*, cit., p. 472; TORRENTE A., *Spunti per uno studio*, cit., p. 397; BESSO C., *La sentenza civile inesistente*, cit., p. 323 ss.; più di recente SICCHIERO G., *Le sentenze inesistenti passano in giudicato?*, in *Giur. It.*, 2008, IV, p. 1451, nonché POLI R., *Invalidità ed equipollenza*, cit., p. 298.

(203) In questi termini il *modus operandi* di CALAMANDREI P., *Sopravvivenza della querela di nullità*, cit., p. 114. Sul tema specifico, oltre all'ampia trattazione di BESSO C., *La sentenza civile inesistente*, cit., spec. p. 160 ss. e di AULETTA F., *Nullità e inesistenza*, cit., 217 ss., v. ancora il contributo di POLI R., *Invalidità ed equipollenza*, cit., p. 299 ss.

(204) Per riferimenti giurisprudenziali essenziali, salvo ritornare in seguito sul tema, v. Cass. Civ., 21 giugno 1957, in *Riv. Dir. Proc.*, 1959, p. 295 (sentenza non sottoscritta); Cass. Civ., 11 febbraio 1977, n. 610, in *Giur. It.*, 1977, I, 1, p. 825 (sentenza avverso persona defunta); Cass. Civ., 4 gennaio 1977, n. 9, in *Giur. It.*, I, 1, p. 563 (sentenza emessa a non iudice).

istanze di giustizia sostanziale avverso la decisione finale del giudice, con contestuale inibizione di ogni sanatoria *ex artt.* 156, co. 3, e 161, co. 1, c.p.c. (205).

Sotto questo medesimo punto di vista, peraltro, taluno in dottrina (206) ha scisso il fenomeno dell'inesistenza nelle due seguenti casistiche (207).

a) Casi di inesistenza relativa della sentenza, ovvero quando il rapporto processuale era stato validamente instaurato ma non ha potuto raggiungere l'obiettivo finale di fornire tutela nel merito della controversia, per difetti intrinseci del successivo sviluppo processuale o della decisione (208).

Ne costituisce esempio la sentenza carente di sottoscrizione, che è comunque identificabile quale provvedimento processuale, e come tale impugnabile secondo le

(205) In passato, con indiscutibili riflessi sulla successiva dottrina interessatasi del fenomeno, v. CALAMANDREI P., *La cassazione civile*, cit., I, p. 167: «*tutte le volte in cui manca qualcuno degli elementi di fatto che la legge considera indispensabili a costituire il concetto di sentenza, questa è giuridicamente inesistente; la medesima sentenza è assolutamente nulla quando è inidonea a raggiungere il proprio scopo di portare certezza sul rapporto controverso; è infine annullabile qualora sia inquinata da un vizio di attività*»; nonché ID., *Vizi della sentenza*, cit., *passim*. Di contro, POLI R., *Invalidità degli atti processuali*, cit., p. 367, pone l'attenzione su una diversa angolatura visuale: sarebbero infatti soggetti alla sanatoria del giudicato le nullità afferenti la sentenza per illegittimo esercizio del potere giurisdizionale; viceversa, «*le nullità per mancanza del potere giurisdizionale (art. 161, comma 2°, c.p.c.) e, come si ricava dal sistema, per indeterminatezza del potere stesso (ad es., nel caso di sentenza dal contenuto non determinabile)*», sopravvivono alla regola dell'assorbimento, determinando l'inesistenza giuridica della decisione emanata.

(206) Il riferimento è al contributo di BESSO C., *La sentenza civile inesistente*, cit., *passim*.

(207) La distinzione concettuale fra inesistenza assoluta e relativa richiama all'attenzione quanto già detto a proposito della classica distinzione – di matrice tedesca – fra inesistenza e nullità assoluta della decisione (su cui *retro* Cap. II, p. 110, nota 185). Basti qui considerare quanto affermato da CHIOVENDA G., *Principii*, cit., p. 899, per comprendere che, al di là delle locuzioni terminologiche, la distinzione fra le due categorie di vizi poggia eminentemente sul piano logico. Per l'A., infatti, «*tra inesistenza e nullità (come contrapposti dell'annullabilità) corre anche qui una profonda differenza: perché la sentenza nulla esiste però come atto processuale; ad es. vincola il giudice che l'ha pronunciata, in modo ch'egli non può non può tornarvi sopra. La sentenza inesistente è un nulla, non ha effetto di sorta. È inesistente la sentenza emanata da chi non è giudice; è nulla la sentenza pronunciata da un giudice speciale in materia di competenza del giudice ordinario, la sentenza contro chi è esente dalla giurisdizione; è nulla la sentenza pronunciata contro un soggetto inesistente (se contro il soggetto venuto meno durante la lite, non può essere che semplice motivo d'annullabilità tranne che colla morte del soggetto sia venuta meno la possibilità della pronuncia, come nelle azioni intrasmissibili); la sentenza costitutiva che creasse una condizione di cose impossibile; la sentenza di contenuto indeterminabile, incomprensibile o contraddittorio; la sentenza d'accertamento o di condanna relativa a una prestazione impossibile giuridicamente, moralmente o fisicamente. Le parti potranno garantirsi in vario modo contro un sentenza nulla in senso assoluto o inesistente: l'attore la cui domanda fu respinta potrà riproporla senza temere l'eccezione di cosa giudicata; il convenuto potrà con un'azione di accertamento negativo far dichiarare, ad esempio, la impossibilità della prestazione; oppure riservarsi di fare opposizione ai futuri atti esecutivi*».

(208) Nonostante l'opinione critica espressa da DE LA GRANGE K., *Essere o non essere*, cit., p. 1240, nei confronti della concettualizzazione dell'inesistenza del provvedimento giurisdizionale, lo stesso A. evidenzia la possibilità che, in alcuni casi gravemente patologici, la sentenza non possa essere considerata «*per certi effetti*» quale regolamentazione della situazione sostanziale dedotta in giudizio. Sotto questo punto di vista, detta opinione potrebbe costituire la matrice embrionale della nozione di inesistenza relativa della sentenza.

ordinarie regole (209). Tale conclusione, peraltro, trova conferme nella previsione dell'art. 354, co. 1, c.p.c. (210), in quanto fra i casi di rimessione della causa dal giudice di appello al giudice di primo grado rientra la dichiarazione di «nullità della sentenza di primo grado a norma dell'art. 161 secondo comma» (211).

Ad ogni modo, l'invalidità di siffatti provvedimenti (212) può essere anche fatta valere da chiunque interessato, oltre i termini per impugnare, in sede di opposizione all'esecuzione o attraverso un'azione di mero accertamento volta a far dichiarare l'inidoneità della pronuncia al giudicato (213), la quale però assumerà i connotati di un peculiare atto di riassunzione della causa (214).

b) Casi di inesistenza assoluta della sentenza, per totale assenza di un procedimento definibile come giurisdizionale. Sono queste le ipotesi – scolastiche – di

(209) Particolarmente meritevoli di attenzione, in giurisprudenza, i principi espressi sul punto da Cass. Civ., 29 settembre 1999, n. 10784. Cfr. anche Cass. Civ., 2 aprile 1992, n. 4025; Cass. Civ., 11 febbraio 1992, n. 1528; Cass. Civ., 22 novembre 1984, n. 6019; Cass. Civ., 3 agosto 1984, n. 4616.

(210) In seguito accetta la distinzione fra sentenze relativamente ed assolutamente inesistenti anche CONSOLO C., *Spiegazioni*, I, cit., pp. 666 – 667, il quale rintraccia ulteriori esempi nella sentenza emessa in difetto di contraddittorio, nel processo caratterizzato dalla carenza di duplicità delle parti, nelle ipotesi di sentenza con dispositivo mancante, impossibile o assolutamente contraddittorio, ovvero quando essa sia emanata da un organo giudicante non riconducibile al modello legale, come nel caso di un collegio di tribunale formato da due magistrati.

(211) Così l'art. 354, co. 1, c.p.c. Sul tema in generale cfr. gli studi di BALENA G., *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984, spec. p. 230 ss; nonché di OLIVIERI R., *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, Napoli, 1999, spec. p. 453 ss.

(212) Peraltro, sulla scorta di tali deduzioni, si potrebbe sostenere che la sentenza non redatta per iscritto debba ricomprendersi nella categoria delle sentenze relativamente inesistenti, in quanto anch'essa presuppone la corretta instaurazione di un processo fra due o più parti. Ad ogni modo, la vicenda potrebbe destare perplessità riguardo al concreto *modus operandi* del soccombente che voglia impugnare la decisione orale (si pensi, per assurdo, alla sentenza comunicata per telefono). La stortura potrebbe essere risolta ammettendo che, invero, la sentenza orale debba ricondursi alle ipotesi di inesistenza materiale del provvedimento; oltretutto, per il principio di leale collaborazione potrebbe finanche essere prospettata, per tali evenienze (a dire il vero meramente scolastiche), la sussistenza, in capo ai difensori delle parti, di un onere di sollecitazione affinché il giudice emani la sentenza per iscritto, eventualmente mediante richiesta da depositarsi in cancelleria ex art. 97 disp. att. c.p.c. dopo la scadenza dei termini previsti dal codice di rito per la pubblicazione della sentenza.

(213) Per tutti CALAMANDREI P., *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *Opere giuridiche*, VIII, Napoli, 1979, p. 280, per il quale «la legge può stabilire che dentro un breve termine, simile a quello posto per l'esercizio del mezzo di gravame, si sanino definitivamente i vizi della sentenza ai quali corrisponde un'azione di impugnativa, non quelli ai quali corrisponde un'azione di accertamento negativo».

(214) Così BESSO C., *La sentenza civile inesistente*, cit., p. 324 ss., con evidenti riflessi sul piano della preclusione processuale per la riproposizione di una nuova domanda fra i medesimi soggetti e vertente sulla pregressa situazione controversa; v. anche BALENA G., *La rimessione della causa al primo giudice*, cit., 278 ss.

sentenza emessa *a non iudice*, avverso una parte inesistente o già defunta prima dell'instaurazione del processo (215).

Stante la palese estraneità dell'atto emanato rispetto alla trama dell'ordinamento processuale civile è stato escluso che in queste ipotesi la parte possa denunciare il vizio di inesistenza per via di gravame (216); dunque, l'inesistenza assoluta della fattispecie potrà essere fatta valere da chiunque ed in ogni tempo, mediante proposizione di apposita *actio nullitatis* (217).

5.3.2. Il rapporto fra le nullità processuali e l'inesistenza giuridica.

Le considerazioni finora svolte consentono di affermare quanto segue: in punto di invalidità, la struttura del codice di procedura civile, a differenza di quello penale, è sicuramente improntata a criteri di elasticità.

Di qui, l'estrema difficoltà nel tracciare nette linee di confine fra la casistica dell'inesistenza e quella della nullità (218). E ciò non solo per la – suggestiva –

(215) La distinzione proposta da BESSO C., *La sentenza civile inesistente*, cit., p. 324 ss., nonché successivamente da CONSOLO C., *Spiegazioni*, I, cit., pp. 666 – 667, sembra trovare riscontri terminologici anche in un precedente studio di COSTANTINO G. *Contributo allo studio del litisconsortio necessario*, Napoli, 1979, p. 245, per il caso della «inesistenza assoluta».

(216) *Contra* in passato DEL POZZO C. U., *Le impugnazioni penali. Parte generale*, Padova, 1951, p. 227, per il quale tale intuizione, già avanzata in passato da qualche A. per le ipotesi di inesistenza materiale, costituisce un «*semplicistico assioma, un sofisma assai in voga ma vuoto di concetto*». Viceversa, per un approccio costruttivamente critico all'impostazione di Besso v. AULETTA F., *Nullità e inesistenza*, cit., pp. 270 – 274.

(217) La questione non esplica i suoi effetti sul piano puramente teorico: infatti, dalla possibilità di impugnare il provvedimento relativamente inesistente, discende la pronuncia di una nuova decisione di merito sullo stesso giudizio; al contrario, dalla sola possibilità di esperimento dell'*actio nullitatis* per i casi di inesistenza assoluta consegue la mera caducazione dell'atto invalido, rimanendo del tutto impregiudicata la facoltà di agire successivamente in giudizio per la tutela della situazione sostanziale controversa. Peraltro, può essere osservato come anche in quest'ultimo caso, la parte, per agire validamente in giudizio, dovrà dimostrare la sussistenza delle consuete condizioni dell'azione, ed in particolare dell'interesse ad agire in giudizio con azione di mero accertamento, che ivi sembra doversi subordinare all'esistenza di vanti o contestazioni pregiudizievoli circa l'esistenza giuridica della decisione. Sul tema dell'interesse ad agire declinato nelle azioni di mero accertamento v. in generale ATTARDI A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, p. 158 ss.; LANFRANCHI L., *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, Milano, 1969, *passim*; MONTESANO L., *La tutela giurisdizionale*, cit., p. 108 ss.; PROTO PISANI A., *Lezioni*, cit., p. 133.

(218) La difficoltà di ripartire concettualmente – ed *a fortiori* semanticamente – le ipotesi di nullità da quelle di inesistenza, peraltro, riflette in gran parte le opinioni già registratesi fra gli studiosi della teoria generale di diritto sostanziale, fra i quali v. DE RUGGIERO R. – MAROI F., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1939, spec. par. 32; COVIELLO N., *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1910, p. 314 ss.; RANELLETTI O., *Le guarentigie amministrative e giurisdizionali della giustizia amministrativa*, Milano, 1930, p. 100; APICELLA G., voce *Nullità in genere*, in *Dig. It.*, XVI, Torino, 1911, p. 509 ss.; DEGNI F., *Inesistenza e matrimonio putativo*, in *Foro It.*, 1912, I, p. 501; BRUGI B., *Istituzioni di diritto civile italiano*, Milano, 1914, p. 194 ss. Viceversa, nel senso di una possibile distinzione fra nullità

considerazione, sul piano generale, che la decisione giuridicamente inesistente non è *a fortiori* idonea al raggiungimento dello scopo (219); ma anche in quanto, sul piano specifico delle coordinate per la rilevazione dell'invalidità, non v'è alcuna differenza *qualitativa* fra il tipo di valutazione necessaria per decretare l'inesistenza del provvedimento e quella che si richiede per accertare il vizio di nullità, risolvendosi la distinzione fra queste due figure esclusivamente dal punto di vista *quantitativo* della disciplina giuridica associata alla rilevazione del vizio (220).

Pertanto, poste queste necessarie premesse, è inevitabile constatare come la sussunzione del vizio nell'area dell'inesistenza, piuttosto che in quella delle nullità, finisca per risolversi in autentici giudizi di valore (221).

In termini più generali, dunque, nelle logiche del processo civile aumenta il margine interpretativo fra le varie disposizioni normative, a dispetto di quanto avviene nel processo penale; ad ogni modo, il dato si pone in perfetta armonia in relazione al diverso grado di tassatività cui sono improntati i rispettivi sistemi.

5.4. La mera irregolarità degli atti processuali.

L'analisi finora condotta ha interessato gli aspetti patologici degli atti processuali comportanti invalidità, siano esse previste dalla legge o ricavate in via interpretativa. Orbene, la disciplina dell'art. 156 c.p.c., nel determinare la soglia del vizio processualmente rilevante, muove dal logico presupposto che vi possono essere

radicali, assolute o relative LOMONACO G., *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, Torino, II, Napoli, 1887, p. 531 ss.; nonché PANNAIN R., *Le sanzioni*, cit., p. 245 ss.

(219) In generale, fra i principali studi avutisi in relazione al controverso rapporto fra nullità ed inesistenza giuridica di matrice processuale v. – senza alcuna pretesa di completezza – POLI R., *Invalidità ed equipollenza*, cit., p. 275 ss.; AULETTA F., *Nullità ed inesistenza*, cit., *passim*; BESSO C., *La sentenza civile inesistente*, cit., *passim*; FINOCCHIARO G., *In tema di inesistenza ed invalidità della sentenza per difetto di rappresentanza tecnica*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998, p. 655 ss.; ORIANI R., voce *Nullità*, cit., p. 1 ss.; BALENA G., *In tema di inesistenza, nullità assoluta ed inefficacia delle sentenze*, in *Foro It.*, 1993, I, p. 179 ss.; ID., *Ancora sull'abuso della sentenza inesistente (in merito ad una singolare vicenda giudiziaria calabrese)*, in *Foro It.*, 1989, I, p. 245 ss.; ID., *Sulla pretesa inesistenza della sentenza resa dal giudice irregolarmente costituito*, in *Foro It.*, 1986, I, p. 521 ss.; DENTI V., voce *Inesistenza*, cit., p. 636; TORRENTE A., *Studi per uno spunto*, cit., p. 389 ss.; GIUDICEANDREA U., *Appunti su l'esistenza e l'impugnabilità delle sentenze civili*, in *Giur. It.*, 1955, IV, p. 81 ss.; CARNELUTTI F., *Inesistenza dell'atto giuridico*, cit., p. 208 ss.; ASCARELLI T., *Inesistenza e nullità*, cit., p. 61 ss.; DE LA GRANDE K. A., *Essere o non essere*, cit., p. 1234 ss.

(220) Per riferimenti v. ancora POLI R., *Invalidità ed equipollenza*, cit., p. 279; SATTA S. – PUNZI C., *Diritto processuale civile*, cit., pp. 241 – 242; CAPONI R., *Oltre la fattispecie anche nei recessi della procedura: aspetti in tema di notificazione e di remissione in termini (nel giudizio di cassazione)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2008, p. 1731.

(221) AULETTA F., *Nullità e inesistenza*, cit., p. 10.

lievi imperfezioni, le quali, non coinvolgendo aspetti essenziali dell'atto, non ne inibiscono la validità e l'efficacia (222): il riferimento è al fenomeno delle irregolarità (223), inteso quale limite inferiore alla sanzione di nullità (224).

A titolo esemplificativo, si pensi alla sentenza meramente carente, nell'intestazione, dell'indicazione di una delle parti, purché essa sia altrimenti ed inequivocabilmente individuata; detta difformità rispetto all'art. 132 c.p.c. non può di certo qualificarsi come rilevante, in quanto il provvedimento risulta lo stesso perfettamente idoneo a costituire accertamento vincolante fra le parti sopra l'oggetto della controversia. In altri termini, l'evidente marginalità del vizio non inficia la funzionalità obiettiva dell'atto e, dunque, non impedisce il raggiungimento dello scopo.

In questa – come in altre analoghe – ipotesi, di riflesso, la parte non avrà alcun interesse a far valere il vizio come motivo di impugnazione, od opposizione in sede esecutiva (225), salva ad ogni modo la possibilità di ottenere la riparazione dell'errore instaurando l'apposito procedimento di correzione *ex artt.* 287 e 288 c.p.c. (226).

6. L'abnormità nella teoria delle invalidità: approccio critico e rinvio.

(222) L'impostazione è chiaramente delineata da POLI R., *Invalidità ed equipollenza*, cit., p. 262.

(223) Sul tema della irregolarità dell'atto processuale v. CIACCIA CAVALLARI B., *La rinnovazione*, cit., p. 221 ss.; ORIANI R., voce *Nullità*, cit., p. 6; GIOVANARDI C. A., *Osservazioni sull'asserita autonomia concettuale dell'inammissibilità*, in *Giur. It.*, 1986, I, 2, p. 665 ss.; MANDRIOLI C., *Sulla nozione di irregolarità nel processo civile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1977, p. 509 ss.; LA CHINA S., *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, 1970, p. 488 ss.; DENTI V., voce *Nullità*, cit., p. 478; ANONIMO, voce *Irregolarità*, in *N.simo Dig. It.*, IX, Torino, 1963, p. 166; DENTI V., voce *Nullità*, cit., p. 478; CARNELUTTI F., *Istituzioni*, cit., I, p. 336; SATTA S., *Commentario*, cit., I, p. 278; CONSO G., *Il concetto*, cit., pp. 23 – 24. Per la considerazione della peculiare rilevanza che viene concessa all'irregolarità degli atti nel processo esecutivo *ex art.* 617 c.p.c. v. MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 576, nota 50, nonché LA CHINA S., *Diritto processuale civile*, cit., pp. 741 – 742.

(224) Così in particolare MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 576. Cfr. anche MARELLI F., *La conservazione degli atti invalidi*, cit., p. 64, per cui «la nozione di irregolarità tuttavia, occorre riconoscerlo, non fa altro che designare in via residuale una assenza di nullità. L'irregolarità infatti non incide sull'idoneità dell'atto a produrre tutti i propri normali effetti e quindi in questa prospettiva non vi è alcuna differenza rispetto all'atto pienamente valido».

(225) Oltretutto, precisa POLI R., *Invalidità ed equipollenza*, cit., p. 273, che nemmeno si crea in capo al giudice un potere – dovere di pronunciarsi d'ufficio su tali questioni.

(226) In argomento, dal punto di vista generale dell'applicabilità del rimedio, v. BOCCAGNA S., *Errore materiale e correzione dei provvedimenti*, Napoli, 2012, *passim*; GARDANI D. L., *In tema di correzione di sentenza civile: il punto giurisprudenziale*, in *Giur. It.*, 2001, p. 1538; CHIZZINI A., voce *Sentenza nel diritto processuale civile*, in cit., p. 292; nonché, in passato già OLIVELLI O., *Errore di calcolo: inappellabilità, correzione*, Rocca S. Casciano, 1937.

L'analisi strutturale e funzionale delle diverse figure che compongono il ventaglio delle invalidità degli atti processuali civili ha permesso di evidenziarne la difficile cristallizzazione ad opera dell'interprete.

Ad ogni modo, cercando di trascendere dal tema specifico, ciò che interessa analizzare ai fini di questo studio è la possibilità di concedere autonoma rilevanza, all'interno del delineato sistema, anche all'ulteriore categoria dell'abnormità (227).

(227) Si intende passare in rassegna, nello spazio di questa nota, tutte le possibili ipotesi di vizi formali della sentenza civile, così come interpretate dalla giurisprudenza di legittimità. Orbene, sulla scorta di quanto finora osservato sulla conformazione strutturale di tale provvedimento giurisdizionale, i casi di difformità rispetto al paradigma legale possono così essere elencati: *a)* la decisione non è formalmente denominata *sentenza*; *b)* la sentenza non reca le intestazioni «*Repubblica italiana*» e/o «*in nome del popolo italiano*»; *c)* nella sentenza non viene indicato il nome del giudice che l'ha pronunciata; *d)* la sentenza è sprovvista dell'indicazione delle parti o dei loro difensori; *e)* la sentenza è sprovvista delle conclusioni del pubblico ministero o delle parti; *f)* la sentenza non riporta i motivi in fatto ed in diritto della decisione; *g)* nella sentenza non viene espresso il dispositivo, ovvero il comando giurisdizionale; *h)* la sentenza non presenta la data di deliberazione; *i)* la sentenza è carente della sottoscrizione del giudice. Innanzitutto, la carenza del requisito indicato *sub a)* è di certo inidonea a configurare un vizio di nullità *ex art. 156, co. 2, c.p.c.*, in quanto il *nomen iuris* del provvedimento emanato costituisce un elemento del tutto marginale e con finalità meramente etichettatorie. Di qui, la possibilità di correggere questa mera irregolarità col procedimento *ex art. 287 c.p.c.* Anche per quanto concerne la casistica *sub b)*, è stato correttamente ritenuto che l'omissione dell'intestazione non comporta la nullità della sentenza emanata, bensì la possibilità di integrare *in parte qua* il provvedimento *ex art. 287 c.p.c.* (così Cass. Civ., 30 gennaio 1985, n. 550, in *Rep. Foro It.*, 1985, voce *Sentenza civile*, n. 60; Cass. Civ., 29 novembre 1974, n. 3907, in *Giur. It.*, 1975, I, 1, p. 437). Del pari, il vizio elencato *sub c)* non comporta nullità se l'ufficio giudicante può essere inequivocabilmente individuato dal tenore complessivo della sentenza (v. Cass. Civ., 4 gennaio 1978, n. 35, in *Rep. Foro It.*, 1978, voce *Sentenza civile*, n. 12; Cass. Civ., 23 febbraio 1956, in *Rep. Foro It.*, 1956, voce *Sentenza civile*, n. 24); viceversa, qualora sia carente l'indicazione di taluno dei componenti dell'organo collegiale, la sentenza è considerata nulla da una parte della giurisprudenza (cfr. Cass. Civ., 30 luglio 1998, n. 7486; Cass. Civ., 8 giugno 1995, n. 6494; ma *contra* Cass. Civ., 4 gennaio 1995, n. 68). La possibilità di correggere l'errore materiale vale anche per le ipotesi *sub d)*, ed in particolare nel caso di omessa indicazione del nome del difensore (Cass. Civ., 18 maggio 1972, n. 1512, in *Rep. Foro It.*, 1972, voce *Sentenza civile*, n. 12), ovvero delle parti in giudizio (Cass. Civ., 19 luglio 2012, n. 12466), purché non vi sia incertezza oggettiva ed assoluta sulla loro identificazione, nel qual caso la sentenza è considerata nulla (v. Cass. Civ., 12 agosto 2000, n. 10790). L'omessa indicazione delle conclusioni di cui *sub e)*, di per sé, non comporta la nullità della sentenza, potendosi ovviare col procedimento di correzione (Cass. Civ., 7 maggio 2009, n. 10501; Cass. Civ., 31 maggio 2006, n. 12991); naturalmente, qualora invece il giudice, oltre a non riportare le conclusioni, ne abbia prescisso, la sentenza diviene nulla per violazione dell'art. 112 c.p.c. (v. Cass. Civ., 2 agosto 2007, n. 16999). Venendo alla casistica *sub f)*, occorre distinguere fra la mancata esposizione dei fatti, che da luogo a nullità solo se non altrimenti ricostruibili (Cass. Civ., 3 aprile 1999, n. 3282), e la mancata motivazione in diritto della decisione. In quest'ultima ipotesi, quando cioè la motivazione sia graficamente carente, ovvero meramente apparente, il vizio della sentenza diventa costituzionalmente rilevante, comportando la nullità della stessa (Cass. Civ., 18 settembre 2012, n. 20112; Cass. Civ., 12 febbraio 2013, n. 3340; ma v. Cass. Civ., 8 ottobre 1985, n. 4881 per l'inesistenza della sentenza qualora, nel rito del lavoro, all'emanazione del dispositivo non segua il deposito della motivazione). Viene considerata inesistente la sentenza nell'evenienza *sub g)*, ovvero quando il dispositivo sia totalmente carente e non altrimenti ricavabile. Viceversa, la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che la mancata trasfusione nel dispositivo di una statuizione contenuta in motivazione sia motivo di correzione della sentenza (*ex multis* Cass. Civ., n. 10727 del 2013; Cass. Civ., n. 23274 del 2011; Cass. Civ., n. 19040 del 2003; Cass. Civ., n. 5454 del 1980; Cass. Civ., n. 1624 del 1974; Cass. Civ., n. 1955 del 1963). A tal proposito, per quanto concerne il contrasto fra motivazione e dispositivo, quando esso è tale da non rendere identificabile la reale portata del provvedimento, è configurabile un vizio di nullità della sentenza

Premettendo che sopra tali fondamentali questioni si ritornerà in seguito (228), pare opportuno fin da questo momento rilevare come, nell'ottica di tutela per la parte, il binomio nullità – inesistenza inteso nel suo complesso, ovvero a prescindere dalle rispettive aree interne di ripartizione, non sembra lasciare margini entro cui intersecare utilmente nuovi concetti autonomi e distinti (229), quale sarebbe in questo caso il vizio di abnormità (230).

ex art. 156, co. 2, c.p.c. (di recente anche Cass. Civ., 15 settembre 201, n. 18134). Viceversa, qualora sussista una sostanziale coerenza fra motivazione e dispositivo, risultando evidente la presenza di discrasie dovute ad errore meramente materiale (ad esempio, sul quantum liquidato o sull'intestazione delle parti), l'impugnazione del provvedimento diviene inammissibile, dovendo la parte interessata richiedere la correzione dell'errore *ex art. 287 c.p.c.* (così Cass. Civ., 4 febbraio 2000, n. 1255). Quanto all'ipotesi *sub h*), si ritiene in ogni caso che la mancata indicazione della data di delibera – peraltro desumibile dal verbale – sia circostanza meramente emendabile e non comporta nullità (Cass. Civ., 3 dicembre 1999, n. 13505; Cass. Civ., 8 giugno 1991, n. 6527). Infine, per le ipotesi *sub i*), sono sorti dei contrasti fra coloro che hanno sostenuto l'inesistenza della sentenza in difetto di sottoscrizione, e coloro che hanno cercato in vario modo di attenuare il rigore del sistema (su tali questioni verrà dedicata attenzione *infra* Cap. III, Sez. II, p. 176 ss.). Per riferimenti dottrinali sul tema, senza pretesa di completezza, CORMIO B., *Dei provvedimenti*, cit., p. 1113; TARZIA G. – FONTANA G. L., voce *Sentenza*, cit., p. 7; TARZIA G., *Profili della sentenza civile*, cit., p. 30 ss.; MASSARI A., *Correzione e integrazione dei provvedimenti del giudice*, in *N.simo Dig. It.*, IX, Torino, 1959, p. 878; TORREGROSSA G., *Correzione delle sentenze*, cit., p. 717; PALERMO A., voce *Provvedimenti*, cit., p. 420 ss.; nonché, infine, MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, cit., pp. 519 – 522, anche per le ulteriori pronunce di legittimità ivi citate.

(228) L'analisi verrà ripresa in seguito, quando si passeranno in rassegna le numerose pronunce giurisprudenziali avutesi in punto di identificazione del vizio di abnormità. Dalla loro trattazione, infatti, emergeranno interessanti spunti per comparare il vizio in questione con gli istituti dell'inesistenza e della nullità dei provvedimenti giurisdizionali.

(229) Ad analoga sorte sembra essere destinato anche l'istituto dell'inammissibilità. Volendo approcciare l'argomento in linea di prima approssimazione, può essere affermato, con le parole di POLI R., *Invalidità ed equipollenza*, cit., p. 320, che «*il termine inammissibilità è sicuramente tra quelli più vaghi e, nello stesso tempo, controversi, del lessico processualistico*». In effetti, a prescindere dal lemma semantico, sul piano processuale spicca la mancanza di un'organica disciplina legislativa, in quanto il codice di rito ne indica solo talune ipotesi. Ad ogni modo, cercando di chiarificare i concetti, l'inammissibilità può essere intesa quale impedimento affinché possa aversi una decisione nel merito dell'impugnazione proposta, nei casi in cui l'atto di parte «*difetta di un presupposto o comunque di un elemento indispensabile per inserirsi validamente nel procedimento*» (così ancora POLI R., op. ult. cit., p. 320. Dunque, trattasi di una forma di invalidità a protezione dei casi in cui il potere di impugnazione delle parti in giudizio risulti originariamente carente o successivamente venuto meno, ovvero quando esso sia esercitato in modo scorretto. Sulla scorta di tali deduzioni, oltre alle fattispecie di inammissibilità espressamente previste dal codice di rito, sono state ricavate in via ermeneutica ulteriori ipotesi, c.d. extratestuali, nelle quali l'illegittimo esercizio del potere di impugnazione complessivamente inteso conduce, del pari, alla chiusura in rito del procedimento di impugnazione instaurato. Innanzitutto, le inammissibilità c.d. testuali sono le seguenti: a) violazione dell'art. 342 c.p.c., concernente le regole di redazione dell'atto di appello; b) proposizione, in violazione dell'art. 345 c.p.c., di domande nuove nel giudizio di appello, con la conseguenza che esso, *in parte qua*, dovrà essere dichiarato inammissibile; c) in base all'art. 331 c.p.c., la mancata proposizione dell'appello nei confronti di tutte le parti del giudizio di primo grado in cause inscindibili o dipendenti nel termine perentorio di integrazione del contraddittorio ordinato dal giudice; d) in virtù della peculiare disposizione dell'art. 348 *bis* c.p.c., l'appello che non ha una ragionevole probabilità di essere accolto. Viceversa, per quanto concerne le ipotesi tradizionalmente ricondotte nell'alveo delle inammissibilità c.d. innominate, esse sono state individuate nei casi che seguono (per riferimenti MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 438 ss.; DI LALLA L., *Sui limiti esterni della inammissibilità dell'appello*, in *Foro it.*, 2013, V, p. 277): a) decorrenza

7. L'essenza del provvedimento processuale civile abnorme: riepilogo.

Prima di procedere ulteriormente nell'indagine sul tema dell'abnormità, si ritiene utile effettuare una sintetica ricognizione di quanto finora esposto.

del termine indicato all'art. 326 c.p.c., ovvero decadenza dal potere di impugnazione ex art. 327 c.p.c.; b) proposizione dell'appello ad opera della parte che aveva già fatto acquiescenza, esplicita o implicita, alla sentenza di primo grado; c) proposizione dell'appello in luogo di altro mezzo di impugnazione esperibile avverso la decisione; d) proposizione dell'appello ad opera di chi non ha assunto la qualità di parte in primo grado, salve le eccezioni espressamente previste dalla legge (come la previsione dell'art. 111 c.p.c.); e) proposizione dell'appello da parte di chi non era rimasto soccombente nel giudizio di primo grado; f) proposizione dell'appello, avverso la sentenza non definitiva emanata dal giudice ex art. 279, co. 4, c.p.c., solo all'esito del giudizio di primo grado, nelle ipotesi di omessa o irrituale riserva ex art. 340 c.p.c. (o viceversa); g) nel rito del lavoro e con specifico riferimento all'appello con riserva dei motivi ex art. 433, co. 2, c.p.c., la mancata presentazione dei motivi di appello nel termine di impugnazione che decorre, a seconda delle ipotesi, dal momento di pubblicazione o notificazione della sentenza. Autonoma riflessione merita invece il fenomeno della proposizione dell'appello al giudice territorialmente incompetente. Sulla questione sussistevano opinioni contrastanti nella giurisprudenza di legittimità; stando ad un primo indirizzo, infatti, essa veniva considerata come causa di inammissibilità; mentre per un secondo orientamento, l'errore nella scelta del giudice competente ex art. 341 c.p.c. comportava, anche in appello, l'applicazione dell'istituto della *translatio iudicii*, con salvezza degli effetti processuali e sostanziali dell'impugnazione proposta (così Cass. Civ., 9 giugno 2015, n. 11969). Sul punto, in virtù di ordinanza interlocutoria del 9 dicembre 2015, n. 24856, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, 2, p. 396, con nota di POLI R., è recentemente intervenuta la Suprema Corte a sezioni unite, ovvero Cass. Civ., 14 settembre 2016, n. 18121, la quale, per un verso ed in accoglimento del secondo orientamento, ha affermato l'applicazione della *translatio iudicii* ai casi di incompetenza territoriale del giudice di appello adito, nonché, per un altro, ne ha esteso l'applicazione anche «nell'ipotesi di appello proposto dinanzi a un giudice di grado diverso rispetto a quello dinanzi al quale avrebbe dovuto essere proposto il gravame» (per i possibili riflessi di questa pronuncia in relazione al tema oggetto di trattazione v. *infra* Cap. IV, Sez. II, p. 292 ss.). Ciò chiarito in via preliminare, va evidenziato come l'istituto dell'inammissibilità, secondo la dottrina più autorevole, non assume valenza autonoma nel sistema delle invalidità processuali, ponendosi quale *species* del più ampio *genus* nullità. Sul punto v. CERINO CANOVA A. – CONSOLO C., voce *Inammissibilità e improcedibilità (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1993, p. 1 ss.; FABBRINI G., *L'opposizione ordinaria del terzo*, cit., p. 270 ss.; GIOVANARDI C. A., *Sull'asserita autonomia concettuale dell'inammissibilità*, cit., p. 665 ss.; FORNI M., *Orientamenti in tema di improponibilità, inammissibilità e improcedibilità*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1981, p. 1318; GRASSO E., *Nullità degli atti processuali per incompetenza del procuratore e regime delle spese*, cit., p. 324 ss.; NATOLI C., *Improponibilità, inammissibilità e improcedibilità della domanda giudiziale*, Milano, 1976; LUGO U., voce *Inammissibilità e improcedibilità (diritto processuale civile)*, in *N.ssimi Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, p. 483 ss.; CONSO G., *Il concetto e le specie*, cit., p. 56. In particolare, per DENTI V., voce *Nullità degli atti processuali civili* cit., p. 471, «la figura idonea ad abbracciare comprensivamente, sul piano effettuale (ossia con riferimento al contenuto della pronuncia giudiziale), le varie ipotesi di vizi non formali, potrebbe essere quella di inammissibilità, se il vario uso di questa nozione nel diritto positivo e nella dottrina non ne avesse posto in dubbio il preciso significato e resa assai discutibile l'utilizzazione». Sulla questione cfr. infine POLI R., *Invalidità ed equipollenza*, cit., p. 320 ss., spec. p. 331, il quale, riaffermata l'irrilevanza concettuale autonoma della figura rispetto alla categoria delle nullità, alla cui disciplina si potrà quindi attingere in mancanza di specifiche previsioni, individua una serie di peculiarità che sarebbero proprie del concetto di inammissibilità, fra cui – in determinati casi – l'impossibilità di ottenere una sanatoria del vizio per preminenti esigenze di carattere pubblicistico.

(230) Sulla concetto di categoria giuridica CERRONI U., *Kant e la fondazione della categoria giuridica*, Milano, 1962; ID., *Per una critica sistematica della categoria giuridica*, in *Dem. e Dir.*, 1974, p. 481; PETIT C. – VALLEJO J., *La categoria giuridica nella cultura europea del Medioevo*, in *Storia d'Europa*, III, p. 722.

L'abnormità è stata introdotta nelle vicende del processo civile da Denti, il quale, pur attingendo dalle teorizzazioni del processo penale, ha rimodulato in parte il fenomeno: scompare, infatti, ogni riferimento al rapporto biunivoco con il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione; inoltre, viene scissa la sussistenza del vizio dai possibili modi per ottenerne la dichiarazione. In altre parole, la figura non sembra più in grado di incidere sulla specifica identità del mezzo di impugnazione, che nel processo penale è stato ravvisato nel ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111 Cost.* (231).

Altro punto acquisito nel corso della trattazione è che, nel processo civile, il fenomeno viene collocato dal punto di vista statico nell'ambito delle invalidità del provvedimento: l'evenienza apre il campo all'analisi del rapporto triangolare fra abnormità, nullità ed inesistenza giuridica. A differenza del processo penale, però, l'impostazione fornita dal codice di rito non consente una netta linea di demarcazione fra i vari concetti.

La conseguenza, dal punto di vista dogmatico, è peculiare: le diverse ipotesi di abnormità del provvedimento, infatti, sembrano inserirsi in chiave osmotica fra le figure di invalidità già teorizzate: tale affermazione, ricavabile dagli studi avutisi in dottrina sul tema, risulterà avvalorata dall'analisi dell'operato giurisprudenziale, sul quale si ritornerà in seguito.

Per quanto specificamente concerne i contributi dottrinali, il dato emerge da ultimo nello studio di Tiscini, che a conferma di quanto già osservato mezzo secolo prima da Jannuzzi, finisce per attrarre nel fenomeno dell'abnormità svariate vicende patologiche, sussumibili finanche entro lo spettro dell'inesistenza giuridica del provvedimento (232).

In particolare, rientra nella casistica l'errore che determina un generico contrasto fra la forma e la sostanza del provvedimento, il quale può riscontrarsi sia in via immediata nell'adozione di un modulo diverso da quello prescritto, sia in via mediata nell'emanazione di un determinato tipo di decisione nei procedimenti speciali in carenza dei presupposti.

(231) ORIANI R., voce *Nullità degli atti processuali*, cit., p. 16 ss.

(232) Per quanto concerne la dottrina, cfr. nel dettaglio l'evoluzione storica del concetto riportata nella parte iniziale del presente capitolo.

Come visto, tali evenienze rappresentano il punto più saliente e dibattuto del fenomeno (233), vista la fondamentale rilevanza sistematica del tema. Infatti, quando il modello legale non corrisponde al provvedimento effettivamente emanato, diviene circostanza assai problematica quella dell'individuazione del corretto il mezzo di impugnazione esperibile avverso la decisione giurisdizionale.

Sotto questo aspetto è massima la discrepanza con le teorie del processo penale: l'abnormità, da rimedio autonomo e distinto, nonché per certi versi contrapposto (234), alla teoria della prevalenza della sostanza sulla forma – o viceversa –, diventa evenienza patologica che abbisogna proprio di queste teorizzazioni per essere risolta; il loro studio diventa dunque imprescindibile, in quanto ritenuto decisivo per determinare le vicende giuridiche del provvedimento abnorme (235).

In ragione di ciò e vista la rilevante complessità del fenomeno nel sistema del diritto processuale civile, finora accennata, di qui in avanti si procederà ad analizzare il fenomeno abnormità sotto il suo profilo dinamico, ovvero con riguardo alla tematica dell'impugnazione del provvedimento.

L'analisi, per evidenti ragioni sistematiche, verrà scissa in due parti: infatti, l'approccio al tema del provvedimento anomalo subisce consistenti modifiche nel passaggio dalle logiche del processo ordinario di cognizione alle vicende inerenti i procedimenti speciali. Ivi, come già osservato, il vizio risiede piuttosto nell'assenza dei presupposti per l'emanazione della pronuncia, con evidenti riflessi (indiretti) in tema di impugnazione del provvedimento.

(233) Sembra operare una completa identificazione CARRATTA A., *Sostanza del provvedimento abnorme e impugnazioni*, cit., p. 1593: «provvedimento giudiziale c.d. abnorme, provvedimento, cioè, che rivesta una forma diversa da quella legislativamente prevista». Più articolata la posizione di TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 204: «il collegamento tra provvedimenti abnormi e regole sulla forma – sostanza si giustifica solo in parte. In linea generale, è corretto ritenere che provvedimento abnorme sia quello in cui alla forma prescritta dalla legge non corrisponde il contenuto sostanziale che quella forma dovrebbe rappresentare (...). Sennonché, questa è solo una delle ipotesi rientranti nella vasta casistica dei provvedimenti abnormi».

(234) In particolare, il riferimento è all'impostazione adottata da Siracusano e riportata *retro* Cap. I, Sez. II, pp. 62 – 63. Per questo A. le due categorie, sebbene attengano entrambe alla tematica dell'impugnabilità oggettiva, risolvono il problema in modo diverso. Più precisamente, l'abnormità deroga al principio della tassatività dei mezzi di impugnazione, mentre la prevalenza della sostanza sulla forma vi si pone in perfetta armonia, in quanto mira semplicemente a qualificare esattamente la statuizione ai fini della sua emendabilità.

(235) Conseguenza peraltro inevitabile per un fenomeno che non ha più forza di incidere sul profilo dinamico dell'emendabilità del vizio. Sul punto cfr. le deduzioni BESSO C., *La sentenza civile inesistente*, cit., p. 223; PROVINCIALI R., *Sistema delle impugnazioni*, cit., p. 32; SAMMARCO C., *Impugnabilità dei provvedimenti del giudice*, cit., p. 2183.

Di contro, non verranno per il momento prese in considerazione le ulteriori ipotesi di abnormità ricavabili dal complessivo operato giurisprudenziale: esse, infatti, non contribuiscono a variare i termini della problematica così come finora esposta; la loro analisi verrà effettuata solo in seguito ed al momento opportuno (236).

(236) Per quanto concerne l'operato giurisprudenziale, in armonia con quanto esposto nel testo (ed in virtù dei rinvii già effettuati nel corso della trattazione), l'analisi verrà specificamente condotta nel capitolo conclusivo, direttamente incentrato sulle problematiche prettamente applicative del concetto abnormità. Sarà quella anche la sede per tentare una ricostruzione del fenomeno, a partire da un approccio critico nei confronti delle numerose pronunce avutesi sul tema, le quali, nel tentare di fornire caso per caso tutela alle parti in giudizio, sembrano aver perso di vista l'utilità di una possibile riconduzione ad omogeneità del fenomeno, pur nelle sue varie sfaccettature applicative.

CAPITOLO III

Le problematiche connesse all'impugnazione del provvedimento anormale

SOMMARIO

SEZIONE I – Le teorie sull'impugnabilità del provvedimento anormale o anormale: 1. La controversa impugnabilità del provvedimento anormale: rilievi introduttivi. – 2. Il principio della prevalenza della sostanza sulla forma. – 2.1. Il (diverso) concetto di sentenza in senso sostanziale. – 2.2. Il principio di prevalenza della sostanza sulla forma ed il concetto di sentenza in senso sostanziale a confronto. – 3. Il principio della prevalenza del regime giuridico astrattamente previsto per legge. – 4. Il principio della prevalenza della forma effettivamente assunta dal provvedimento. – 4.1. Il suo preteso fondamento positivo. – 4.2. L'individuazione del provvedimento in relazione alla natura del potere esercitato. – 5. Il c.d. principio dell'apparenza. – 5.1. La genesi del principio dell'apparenza nel diritto sostanziale. – 5.2. Verso una declinazione processuale del principio dell'apparenza. – 5.3. Il principio dell'apparenza nel diritto processuale civile. – 5.3.1. Il principio di ultrattività del rito quale specifica declinazione dell'apparenza. – 5.4. Il principio dell'apparenza nel passaggio dal diritto sostanziale al diritto processuale civile. – 6. Una soluzione alternativa: la teoria del *Meistbegünstigung*.

SEZIONE II – Le teorie sull'impugnabilità del provvedimento anormale al vaglio della loro applicazione pratica: 7. Le diverse teorie sull'impugnazione del provvedimento anormale alla luce della loro applicazione pratica. – 7.1. Il principio della prevalenza della sostanza sulla forma e la sua applicazione nel processo ordinario di cognizione. – 7.1.1. La problematica del difetto di sottoscrizione in relazione all'ordinanza avente sostanza di sentenza. – 7.1.2. I suoi possibili correttivi. – 7.2. Il principio della prevalenza del regime giuridico astrattamente previsto per legge e la sua applicazione nel processo ordinario di cognizione. – 7.3. Il principio della prevalenza della forma effettivamente assunta dal provvedimento e la sua applicazione nel processo ordinario di cognizione. – 7.4. Il principio dell'apparenza e la sua applicazione nel processo ordinario di cognizione. – 8. Le diverse teorie sull'impugnazione del provvedimento anormale alla luce della loro applicazione pratica nei procedimenti speciali: alcune coordinate per il prosieguo dell'indagine. – 8.1. Il principio della prevalenza della sostanza sulla forma e la sua applicazione nei procedimenti speciali. – 8.2. Il principio della prevalenza del regime giuridico astrattamente previsto per legge e la sua applicazione nei procedimenti speciali. – 8.3. Il principio della prevalenza della forma effettivamente assunta dal provvedimento e la sua applicazione nei procedimenti speciali. – 8.4. Il principio dell'apparenza e la sua applicazione nei procedimenti speciali. – 8.4.1. Il principio di apparenza declinato nella regola dell'ultrattività del rito e la sua applicazione nei procedimenti speciali. – 9. La controversa impugnabilità del provvedimento anormale: riepilogo.

SEZIONE I

Le teorie sull'impugnabilità del provvedimento anomalo o abnorme

1. La controversa impugnabilità del provvedimento anomalo: rilievi introduttivi.

In questa sede, abbandonando per il momento il profilo statico concernente la natura del vizio di abnormità, si affronterà un tema delicato quanto fondamentale: il regime di impugnabilità del provvedimento – generalmente classificato come anomalo o abnorme in quanto – strutturalmente errato, ovvero adottato in una forma tale da condizionare l'individuazione del mezzo attraverso cui contestarne la validità nonché l'ingiustizia (1).

In tali casi, peraltro, l'indagine sull'abnormità non può prescindere da una preventiva disamina delle regole per la qualificazione del provvedimento adottato dal giudice (2), operazione strettamente funzionale rispetto alla scelta del corretto rimedio da utilizzare. Ciò in quanto il codice di rito, come già osservato in precedenza, prevede che la nullità dei provvedimenti giurisdizionali sia fatta valere esclusivamente tramite i mezzi di impugnazione per essi previsti (3), con la conseguenza – finora pacifica in dottrina (4) – che l'errore della parte nella scelta del mezzo di impugnazione comporta la dichiarazione di inammissibilità dello stesso (5).

(1) Si è inteso riproporre nel testo la classica distinzione, generalmente accettata in dottrina, fra l'impugnazione proposta per vizi *in procedendo* della decisione, che assume le caratteristiche proprie dell'antica *querela nullitatis*, ed impugnazione proposta per *errores in iudicando*, idonea viceversa ad influire sulla giustizia della statuizione resa nel merito della situazione controversa. Sul tema sono ancora attuali gli insegnamenti di CALAMANDREI P., *Vizi della sentenza*, cit., *passim*; ID., *Sopravvivenza della querela di nullità*, cit., *passim*.

(2) La specifica terminologia utilizzata nel testo ha come presupposto dogmatico la distinzione tracciata da BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, il quale differenzia le indagini dirette a determinare il tipo di provvedimento emanato (c.d. individuazione), dai casi in cui esse siano finalizzate a ricostruire il significato precettivo della statuizione (c.d. interpretazione).

(3) Come si ricorderà, trattasi della regola dell'assorbimento delle nullità in motivi di gravame, da intendersi quale specificazione del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione (cfr. comunque *retro* Cap. II, p. 84 ss.).

(4) Rileva CONSOLO C., *Spiegazioni*, II, cit., p. 474, che «un'altra patologia è evidentemente quella relativa alla scelta del mezzo di impugnazione, e così per esempio la proposizione del ricorso per cassazione al posto dell'appello o del regolamento di competenza al posto dell'appello o viceversa. In questo caso la conseguenza è sempre quella della inammissibilità del mezzo di impugnazione erroneamente selezionato». Sul tema v. inoltre MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 438; DI LALLA L., *Sui limiti esterni della inammissibilità dell'appello*, cit., p. 277; MENCHINI S. – NAPPI P. (a cura di), *Formulario annotato del codice di procedura civile*, 6^a ed., Padova, 2013, p. 159.

Naturalmente, la particolarità di questa indagine prende le mosse proprio dal fatto che quando venga emanato un provvedimento *anomalo*, è massimo il rischio di interferenza rispetto alla fisiologica correlazione fra provvedimento e sua impugnabilità (6). Come anticipato, il riferimento è al provvedimento emanato in forma diversa da quella prescritta per legge: ciò accade direttamente quando il giudice, nel processo ordinario di cognizione, decide con sentenza questioni che avrebbe dovuto risolvere con ordinanza, o viceversa (arg. ex art. 279 c.p.c.); ciò – per l’orientamento finora dominante in dottrina e giurisprudenza – accade indirettamente quando il giudice, nell’ambito dei procedimenti speciali, emana determinati provvedimenti in assenza dei presupposti di accesso al rito, oppure di talune condizioni specifiche richieste dal legislatore per la pronuncia.

Soccorrono a questo proposito due teorie alternative, perlomeno nell’ambito del dibattito avutosi nel nostro ordinamento processuale: la teoria della prevalenza della

In termini analoghi già SAMMARCO C., *Impugnabilità dei provvedimenti del giudice emessi in forma diversa da quella prescritta per legge*, in *Giust. Civ.*, 1962, I, p. 2183. In giurisprudenza, va segnalato che in una recente pronuncia a sezioni unite (Cass. Civ., 14 settembre 2016, n. 18121, cit.), la Suprema Corte, seppure in una fattispecie estranea alla materia oggetto di trattazione (nella specie, la parte aveva errato la scelta del giudice territorialmente competente in appello), afferma per la prima volta che la regola della *translatio iudicii* può altresì essere applicata ai casi di errore della parte nella scelta del grado del giudice dell’impugnazione (ad es. fra corte di appello e Corte di Cassazione). Tali rilievi, eventualmente coniugati con i principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità in tema di equipollenza degli atti processuali (nello specifico, fra appello e ricorso per cassazione), potrebbero avere delle interessanti ripercussioni nella materia oggetto di trattazione. Ad ogni modo, su tali questioni si ritornerà nel successivo capitolo, nel quale si cercherà di ricondurre entro schematiche lineari il complessivo fenomeno dell’abnormità.

(5) Come si è già avuto modo di anticipare *retro* Cap. II, p. 122, nota 229, la parte, per ottenere la riforma del provvedimento emanato, deve esercitare correttamente il potere di impugnazione, pena la dichiarazione di inammissibilità (o improcedibilità) dell’appello o del ricorso per cassazione proposto, con evidenti conseguenze pregiudizievoli. Infatti, il rispetto di suddette regole, rilevabile d’ufficio dal giudice, oltre a comportare noie sul piano delle spese processuali (da ultimo cfr. l’art. 13, co. 1 *quater*, D.P.R. 115/2002 per il pagamento in misura doppia del contributo unificato dovuto), assume valenza decisamente pregnante per la tutelabilità in giudizio della situazione controversa, in quanto in base all’art. 348 c.p.c., «l’appello dichiarato inammissibile o improcedibile non può essere riproposto, anche se non è decorso il termine fissato dalla legge», con passaggio in giudicato della sentenza impugnata. Peraltro, a tal proposito e sul piano generale, la giurisprudenza pressoché unanime consente la riproposizione dell’impugnazione in tesi inammissibile o improcedibile sino a che non sia intervenuta la relativa pronuncia, sempreché non siano ancora decorsi i termini per impugnare la decisione (ad es. Cass. Civ., 23 maggio 2011, n. 11308; Cass. Civ., 16 novembre 2005, n. 23220). Sotto quest’ultimo punto di vista, va segnalato l’indirizzo ermeneutico da ultimo confermato dalle sezioni unite della Suprema Corte, per cui la seconda impugnazione deve essere effettuata entro 30 giorni dalla notifica della prima, posta l’equipollenza fra questa fattispecie e la notificazione della sentenza ex art. 326 c.p.c. ai fini della decorrenza del termine breve per appellare (così Cass. Civ., 13 giugno 2016, n. 12084).

(6) Sintetizza il dilemma in chiave shakespeariana DE DIVITIIS P., *Sulla teoria del Meistbegünstigung nel processo civile tedesco (forma e sostanza nei provvedimenti del giudice)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1993, p. 411: «al fine di determinare il regime del provvedimento, conta (...) l’essere o il dover essere?».

sostanza sulla forma (7) e quella inversa, ossia della prevalenza della forma effettiva assunta dal provvedimento rispetto al suo astratto modello legale.

In particolare, la prima teoria, di matrice giurisprudenziale, a causa dei rilevanti inconvenienti pratici emersi nel corso del tempo è stata parzialmente rimodulata in dottrina da Garbagnati, il quale ha così ricavato la regola – affine – della prevalenza della previsione astratta del legislatore rispetto all’operato concreto del giudice.

Inoltre, fermo restando quanto finora esposto, si ricorderà come siano state altresì inquadrare entro l’area dell’abnormità le ipotesi in cui il contrasto fra forma e sostanza del provvedimento deriva dall’errata qualificazione, da parte del giudice, del tipo di azione proposta o tutela richiesta dalle parti, nonché quando tale circostanza sia idonea ad influire sull’identità dei rimedi esperibili avverso la decisione concretamente emanata: tipico è il binomio fra sentenza resa in sede di opposizione all’esecuzione ovvero agli atti esecutivi (8). Per risolvere le problematiche che questo gruppo di fattispecie comporta, la giurisprudenza ha nel tempo elaborato il principio c.d. dell’apparenza (9), generalmente recepito anche in dottrina (10).

Compito del presente capitolo, dunque, sarà quello di analizzare ognuna delle teorie appena citate, sia dal punto di vista dogmatico che sul piano prettamente applicativo. Nondimeno, le prospettive di indagine verranno ampliate in ottica comparata; a tal fine, si darà conto del principio del *Meistbegünstigung*, pacificamente adottato in Germania per risolvere vicende patologiche perfettamente riconducibili al concetto di provvedimento abnorme così come inteso nel sistema processuale civile italiano.

2. Il principio della prevalenza della sostanza sulla forma.

La prevalenza della sostanza sulla forma è stata la prima teoria ad essere utilizzata per risolvere il conflitto fra forma e sostanza del provvedimento

(7) In particolare, come già osservato in precedenza (cfr. *retro* Cap. II, p. 97 ss.), per sostanza del provvedimento deve intendersi la specifica materia sopra la quale esso interagisce.

(8) Su cui v. quanto già accennato *retro* Cap. II, p. 70.

(9) Fra i primi in dottrina ad utilizzare quest’espressione ORIANI R., *L’opposizione*, cit., p. 209.

(10) Muovono invece rilievi critici sia ANDRIOLI V., *Lezioni*, cit., p. 289, che GIUDICEANDREA N., *Le impugnazioni civili*, II, cit., p. 105, nota 2, quest’ultimo con considerazioni poi ampliate in ID., *Sulla inappellabilità della sentenza di magistrato pronunciata secondo equità*, in *Giur. It.*, 19553, IV, p. 65.

giurisdizionale anomalo: nata nella realtà dei codici italiani preunitari, come quello del Regno di Sardegna sulle impugnazioni (11), essa è stata applicata nella vigenza del codice di procedura del 1865 (12), per poi essere trasfusa nel sistema delineato dall'attuale codice di rito (13).

Peraltro, ciò ha rappresentato l'inevitabile riflesso della scarsa rilevanza che il precedente codice di rito concedeva alla conformazione strutturale dei vari moduli, a differenza di quanto oggi avviene in virtù degli artt. 132, 134 e 135 c.p.c. (14).

Stando all'operato della giurisprudenza, dunque, quando il giudice erra nella scelta del provvedimento, deve comunque prevalere la sostanza della decisione rispetto alla forma esteriore utilizzata (15).

(11) Cfr. MANCINI P. S. – PISANELLI G. – SCIALOJA A., *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi*, IV, Torino, 1857, p. 46, per cui «a definire se il provvedimento del giudice sia appellabile, deve riguardarsi al contenuto soltanto».

(12) In Italia, la teoria prende definitivo vigore, anche sulla spinta delle elaborazioni in precedenza avutesi fra gli A. tedeschi, nella vigenza del codice di rito del 1865, grazie al contributo di MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, IV, Milano, 1908, p. 326; stando al pensiero dell'A., infatti, «si deve badare alla sostanza del provvedimento per dedurre da esso la definizione della sua natura, qualunque sia il nome attribuitogli o la forma di cui venne rivestito»; v. ancora sulla questione ID., *Commentario*, III, cit., p. 821, per cui la teoria della prevalenza della sostanza «è il metodo più savio per districare le difficoltà pratiche, di badare a ciò che deve essere sostanzialmente il provvedimento, più che al nome attribuitogli dal magistrato»; infine ID., voce *Appello civile*, in *Dig. It.*, Torino, 1898, p. 611, per il quale «il nome del provvedimento non ne determina in via assoluta la qualità». Inoltre, interessanti sotto questa medesima ottica i contributi di ROCCO U., *Trattato*, I, cit., p. 271 ss.; MATTIROLO L., *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, 5^a ed., Torino, 1903, pp. 12 – 13, per il quale «il provvedimento del pretore, col quale si risolve una questione controversa fra le parti, benché sia dallo stesso pretore qualificato come ordinanza, è vera sentenza, e, come tale, è suscettiva dei mezzi di impugnazione dalla legge consessi contro le sentenze»; nonché CUZZERI E., *Il codice italiano di procedura civile illustrato*, 2^a ed., V, Verona, 1891, p. 83, il quale del pari assume come criterio identificativo del provvedimento «l'indole della decisione».

(13) Nella vigenza dell'attuale codice di rito, aderiscono alla teoria della prevalenza della sostanza sulla forma al fine dell'individuazione del corretto mezzo di impugnazione esperibile avverso il provvedimento anomalo, fra gli altri, VOCINO C., *Sulla natura*, cit., p. 32; CHIEPPA R., *Sulla natura del provvedimento secondo il contenuto sostanziale*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1951, III, p. 717; LIEBMAN E. T., *Revocabilità dei provvedimenti pronunciati in Camera di Consiglio*, in *Foro It.*, 1948, I, p. 327; CIANNI F., *Contrasto tra forma e contenuto di un provvedimento giurisdizionale e limite processuale per la proposizione dell'istanza di rettifica o annullamento del medesimo*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1955, III, p. 338; SATTA S., *sub art. 131*, in *Commentario*, I, cit., p. 493.

(14) Il codice di procedura del 1865, infatti, prevedeva espressamente talune ipotesi nelle quali il provvedimento idoneo a dirimere mere questioni insorte nel corso del processo dovesse essere emesso nelle forme della sentenza c.d. interlocutoria. In proposito v. VACCARELLA R. – VERDE G., *sub art. 279*, in *Commentario*, cit., p. 494; MARINUCCI E., *sub art. 277*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da COMOGGIO L. P. – CONSOLO C. – SASSANI B. – VACCARELLA R., III, Milano, 2012; nonché ANDRIOLI V., *In tema di opposizione contumaciale tardiva*, ora in *Cinquant'anni di dialoghi con la giurisprudenza: 1931 – 1981*, Milano, 2007, p. 1400.

(15) Fra le prime pronunce avutesi in giurisprudenza nella vigenza del preesistente codice di rito del 1865 merita particolare attenzione App. Lucca, 18 luglio 1868, riportata da MORTARA L., voce *Appello civile*, cit., p. 612, n. 419, per cui costituisce «principio indubitabile che non alla qualificazione ed alla forma adottata dai giudici, ma al carattere che la decisione ritrae dalla propria intrinseca ragione deve attendersi per conoscere se sia appellabile»; cfr. in seguito anche Cass. Civ., 18 febbraio

Ad esempio, una sentenza è tale in quanto provvedimento decisorio su questioni controverse in giudizio fra le parti, anche se strutturalmente riconducibile ad un diverso modello (16); ne deriva che l'ordinanza emanata per decidere questioni attinenti al merito costituisce sentenza a tutti gli effetti, con la logica conseguenza che, sempre nell'esempio fatto, tale decisione rimarrà appellabile *ex art.* 323 c.p.c. (17).

Volendo continuare l'esemplificazione, si pensi alla sentenza concernente l'ammissibilità di un mezzo istruttorio: essa conserverà la natura di provvedimento interinale modificabile o revocabile *ex art.* 177 c.p.c.; di riflesso, l'eventuale proposizione del giudizio di appello dovrà dichiararsi inammissibile (18).

Il principio (19), che evidentemente incide sul piano dell'impugnabilità oggettiva del provvedimento emanato, sottende la seguente *ratio*: il giudice non può,

1932, in *Riv. Dir. Proc.*, 1933, II, p. 59; nonché Cass. Civ., 23 gennaio 1936, n. 277, in *Foro It.*, 1936, I, p. 1326.

(16) Volendo esemplificare con le parole di ZANZUCCHI T., *Diritto processuale civile*, 6^a ed., II, Milano, 1964, p. 157: «*si deve avere riguardo alla sostanza del provvedimento; nulla importa invece il nome e la forma che gli siano stati attribuiti*».

(17) Nella vigenza dell'attuale codice di rito del 1942, la valenza generale del principio è stata affermata in numerose occasioni dalla giurisprudenza tradizionale della Suprema Corte. Ad es., per Cass. Civ., 28 febbraio 1955, n. 616, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1955, III, p. 336, «*il principio relativo alla revocabilità delle ordinanze, stabilito dall'art. 177 c.p.c. si riferisce al provvedimento con contenuto meramente istruttorio e non già alla statuizione su una questione preliminare di merito*»; di riflesso, per Cass. Civ., 21 maggio 1951, n. 1270, in *Foro It.*, 1951, I, p. 1344, «*per attribuire ad un provvedimento del giudice il carattere di ordinanza o di sentenza, specie ai fini dell'ammissibilità o meno di un mezzo d'impugnazione, deve aver riguardo non alla denominazione data al provvedimento stesso, e neppure alla forma che esso riveste, ma al suo contenuto sostanziale ed all'effetto giuridico a cui tende*». In tal senso e senza alcuna pretesa di completezza v. anche Cass. Civ., 20 novembre 1951, n. 2670, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1951, III, p. 649; Cass. Civ., 10 maggio 1961, n. 1110, in *Giur. It.*, 1962, I, 1, p. 170; Cass. Civ., 12 maggio 1962, n. 975, in *Giust. Civ.*, 1962, I, p. 2180; Cass. Civ., 17 aprile 1964, n. 918, in *Foro It.*, 1964, I, p. 1885; Cass. Civ., 7 giugno 1966, n. 1491, Cass. Civ., 10 maggio 1967, n. 951, in *Foro It.*, 1966, I, p. 520; Cass. Civ., 3 febbraio 1973, n. 348, in *C.p.c. commentato*, a cura di VACCARELLA R. – VERDE G., cit., p. 886; Cass. Civ., 5 novembre 1977, n. 4723, in *Giur. It.*, 1978, I, 1, p. 2372; Cass. Civ., 14 gennaio 1980, n. 290, in *Giur. It.*, 1981, I, 1, p. 277; Cass. Civ., 8 giugno 1981, in *Giust. Civ.*, 1981, I, p. 1899; Cass. Civ., 23 aprile 1983, n. 2795, in *Rep. Foro It.*, 1983, voce *Sentenza civile*, n. 5; Cass. Civ., 15 dicembre 1987, n. 9286, riportata da MONTELEONE G., *Manuale*, cit., p. 587, nota 22. Del pari, a distanza di oltre 40 anni dalle prime applicazioni del principio, per Cass. Civ., 8 luglio 1988, n. 4520, si è in presenza di una sentenza impugnabile quando, a prescindere dal modulo utilizzato, «*il giudice, nell'esercizio del suo potere giurisdizionale, si pronuncia in via definitiva o non definitiva sul merito della controversia e su presupposti e condizioni processuali*»; conformi in seguito anche Cass. Civ., 22 ottobre 1992, n. 11531, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, p. 310; Cass. Civ., 10 novembre 1992, n. 12082, in *Rep. Foro It.*, 1992, voce *Sentenza civile*, n. 8; Cass. Civ., 2 settembre 1995, n. 9288, in *Giust. Civ.*, 1996, I, p. 772; Cass. Civ., 26 gennaio 1999, n. 696, *Giur. It.*, 2000, I, 1, p. 64; Cass. Civ., 10 gennaio 2001, n. 260, in *Giust. Civ.*, 2001, I, p. 2161.

(18) Fra le pronunce specificamente avutesi per questo ordine di fattispecie v. Cass. Civ., 27 febbraio 1976, n. 661, in *Giust. Civ.*, 1976, I, p. 660; Cass. Civ., 4 dicembre 1972, n. 3497; Cass. Civ., 22 aprile 1977, n. 1491.

(19) L'esemplificazione può essere estesa anche alle questioni prettamente processuali, come ad esempio la decisione sulle condizioni dell'azione, sulla giurisdizione, ovvero sui restanti presupposti processuali. Fra di essi, peraltro, merita particolare attenzione l'evenienza patologica più volte riscontrata

con la sua condotta, sottrarre alla parte un diritto che le spetta per legge o concederle una facoltà altrimenti vietata; in altri termini, il suo errore non deve pregiudicare l'applicazione di una disciplina legislativa inderogabile (20).

Ciò esposto, è fondamentale precisare che dal raggio applicativo del principio della prevalenza della sostanza sulla forma vanno sottratte le ipotesi concernenti i provvedimenti che, pur avendo contenuto decisorio, debbano essere emessi nella forma dell'ordinanza o del decreto in forza di una particolare disposizione di legge (21). Infatti, mentre il primo mira a risolvere delicati problemi pratici in conseguenza dell'errore del giudice, il secondo presuppone una specifica volontà del legislatore (22).

Opinando diversamente, peraltro, si giungerebbe a circostanze paradossali, come ad esempio ritenere ammissibile l'appello avverso un decreto ingiuntivo sulla scorta della sua decisorietà, in palese violazione dell'art. 645 c.p.c. e, più in generale, del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione (23).

in passato (*ratione temporis*) dell'ordinanza pronunciata in luogo di sentenza per risolvere questioni attinenti alla competenza del giudice adito. Sul punto si sono registrate numerose pronunce di legittimità, le quali hanno chiarito che l'errore commesso dal giudice non può togliere al provvedimento la natura di decisione impugnabile con il regolamento necessario di competenza. Così, in particolare, Cass. Civ., 31 gennaio 1949, in *Giur. It.*, 1949, I, 1, p. 386: «*per definire la natura di un provvedimento del giudice si deve aver riguardo non alla forma di esso, bensì al suo contenuto sostanziale. Quindi il provvedimento del pretore, che decide sulla competenza per valore, deve considerarsi sentenza*». Per ulteriori riscontri in senso conforme v. Cass. Civ., 30 novembre 1943, n. 2277; Cass. Civ., 25 giugno 1947, n. 1011; Cass. Civ., 14 agosto 1947, n. 1535; Cass. Civ., 27 dicembre 1947, n. 1743; Cass. Civ., 31 gennaio 1949, n. 151, in *Giur. It.*, 1949, I, 1, p. 385; Cass. Civ., 4 febbraio 1949, n. 171, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1949, I, p. 141; Cass. Civ., 21 giugno 1957, in *Riv. Dir. Proc.*, 1959, p. 295. Ad ogni modo, preme evidenziare che, ad oggi, i termini della questione risultano invertiti per il combinato disposto dell'art. 48, co. 9, lettere a) e b), l. 69/2009, i quali hanno così novellato l'art. 279, co. 1, c.p.c.: «*il collegio pronuncia ordinanza quando (...) decide soltanto questioni di competenza*».

(20) Così sintetizza TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 83: «*la ratio sottostante a questa regola è assicurare pienezza di tutela alle parti, consentendo, per ragioni di equità, che venga restituito a ciascun provvedimento il regime predisposto ex lege, ma nella specie erroneamente negato dal giudice*». Per analoghe considerazioni v. in passato JANNUZZI A., *Impugnazione del provvedimento decisorio anomalo*, cit., p. 2182.

(21) In quest'ultimo caso, il giudice, lungi dal commettere errori, esegue la chiara volontà legislativa. Questa è una premessa indispensabile, condivisa perfino da chi in dottrina muove aspre critiche avverso la teoria della prevalenza della sostanza sulla forma, come ad es. SORACE S., *Spunti intorno ai provvedimenti giudiziali civili emessi in forma diversa da quella corrispondente alla sostanza degli stessi e ai rimedi esperibili*, in *Studi in onore di Satta*, II, Padova, 1982, p. 1646.

(22) Così, fra gli altri, già SAMMARCO C., *Impugnabilità dei provvedimenti del giudice emessi in forma diversa da quella prescritta dalla legge*, cit., p. 2184.

(23) Sulla scorta delle medesime considerazioni, la giurisprudenza ha altresì chiarito che la regola della prevalenza della sostanza sulla forma non può nemmeno prevaricare il regime giuridico del provvedimento stabilito per legge, quando quest'ultimo si inserisca validamente all'interno della specifica sequela procedimentale. Ad esempio, nel caso del procedimento per convalida di sfratto, l'ordinanza validamente emessa in assenza dell'intimato all'udienza non può da quest'ultimo essere appellata sul presupposto della sua ingiustizia, bensì da questi esclusivamente opposta nei casi tassativi dell'art. 668 c.p.c. Così Cass. Civ., 6 marzo 1954, n. 649, in *Giur. It.*, 1955, I, 1, p. 576: «*un provvedimento per il*

2.1. Il (diverso) concetto di sentenza in senso sostanziale.

È stato in precedenza rilevato come la dottrina si sia sforzata di determinare, in linea di principio, la diversa funzione cui assolvono i tre provvedimenti (24).

In particolare, mentre la sentenza rappresenterebbe la forma tipica di provvedimento mediante il quale il giudice effettua una decisione su diritti (25), l'ordinanza ed il decreto sarebbero preordinati al regolare svolgimento del processo (26); di conseguenza, i requisiti formali dei vari moduli varierebbero di intensità a seconda del regime giuridico che essi siano destinati rispettivamente a produrre.

Rispetto a tali tematiche, va peraltro ricordato che il legislatore non è stato sempre coerente nelle scelte (27): in determinati casi, infatti, ordinanza e decreto sono stati eletti a provvedimenti decisori, conclusivi di procedimenti speciali aventi natura contenziosa (28), come ad esempio nel caso del procedimento per decreto ingiuntivo (29). *De iure condito*, dunque, è evidente la rottura della tendenziale relazione biunivoca che dovrebbe legare il tipo sentenza ad una decisione su diritti (30).

quale la legge preveda la forma dell'ordinanza, non può, quand'anche abbia contenuto decisorio, essere equiparato, ai fini della sua impugnabilità, ad una sentenza». Per approfondimenti sul tema specifico v. *amplius infra* Cap. IV, Sez. II, p. 265 ss.

(24) Cfr. *retro* Cap. II, p. 94 ss.

(25) Per LIEBMAN E. T., *Manuale di diritto processuale*, cit., p. 216, «la sentenza è concettualmente e storicamente l'atto giurisdizionale per eccellenza, quello in cui si esprime nella maniera più caratteristica l'essenza della *jurisdictio*: l'atto del giudicare».

(26) Per ulteriori riscontri MONTESANO L. – ARIETA G., *Diritto processuale*, cit., p. 337.

(27) Chiaramente TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 78, per la quale «la divergenza tra decisione su diritti e pronuncia con sentenza è frutto della *voluntas legis*, è cioè l'effetto di una prescrizione di legge che espressamente contempla provvedimenti diversi dalla sentenza a conclusione di procedimenti decisori».

(28) In dottrina, per tutti, LANFRANCHI L., *Il ricorso straordinario inesistente e il processo dovuto ai diritti*, ora in *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, 2^a ed., Torino, 2004, p. 315, afferma il principio di «*correlazione necessaria, per il sistema ordinario e per quello costituzionale, tra diritti soggettivi, cognizione ordinaria o comunque non sommaria e giudicato sostanziale*», soggiungendo che, sul piano positivo, il dato è «*innanzitutto confermato dai procedimenti decisori sommari sicuramente trasformabili nella cognizione ordinaria*»; in ciò risiederebbe dunque la loro legittimità. Seguendo questa medesima linea, l'A. propende per distinguere la caratteristica della decisorietà di un provvedimento dalla «*ambigua nozione di incidenza sui diritti*», giungendo alla conclusione che il procedimento ingiuntivo ex artt. 28 e 30, l. 13 giugno 1942, n. 794, non sia propriamente a carattere decisorio. Da questo dato, inevitabilmente, se ne fa discendere la non trasformabilità di esso in un procedimento a cognizione ordinaria. In giurisprudenza, cfr. Cass. Civ., 1 marzo 2006, n. 4510, per la quale «*è esatto, infatti, che per aversi cosa giudicata non è necessario il contraddittorio effettivo, bensì la provocazione a contraddire a una domanda giudiziale, che rappresenta la condicio sine qua non perché il provvedimento di merito acquisti efficacia di cosa giudicata*».

(29) Non sussistono dubbi in dottrina sulla circostanza che il decreto di esecutorietà ex art. 647 c.p.c. sia idoneo ad attribuire al provvedimento monitorio l'efficacia di giudicato, ovvero quella stabilità

In queste ipotesi, difatti, il giudice emette il provvedimento decisorio «*in ossequio ad una speciale disposizione legislativa*» (31), non in violazione di essa. Ciò comporta l'inapplicabilità del criterio della prevalenza della sostanza sulla forma al fine di individuare il giusto mezzo di impugnazione: quest'ultimo sarà dunque indicato di volta in volta dal legislatore (32); o meglio, dovrebbe essere sempre indicato.

Si ponga, sotto questo punto di vista, la fattispecie del procedimento speciale per la liquidazione degli onorari giudiziali degli avvocati, all'epoca disciplinato dagli artt. 28, 29 e 30, l. 13 giugno 1942, n. 794 (33).

L'avvocato, dopo la decisione della causa o l'estinzione della procura, poteva proporre ricorso al capo dell'ufficio giudiziario adito per il processo; successivamente, il Presidente del tribunale o della corte di appello ordinava, con decreto in calce al ricorso, la comparizione degli interessati davanti al collegio in camera di consiglio: se una delle parti non compariva o se la conciliazione non riusciva (in caso contrario, il verbale di conciliazione costituiva titolo esecutivo), il collegio provvedeva alla liquidazione con ordinanza non impugnabile.

propria di cosa giudicata sostanziale rilevabile d'ufficio. *Ex multis*, in manualistica, MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, cit.; SATTA S. – PUNZI C., *Diritto processuale civile*, Padova, 2000; CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit.). Tale efficacia, che non è espressamente prevista da norme di legge, è stata indirettamente ricavata dall'analisi dei rimedi utilizzabili per impugnare un decreto ingiuntivo divenuto esecutivo, cioè la revocazione straordinaria o l'opposizione di terzo revocatoria (arg. ex art. 656 c.p.c.), rimedi esperibili avverso le sentenze passate in giudicato. Si è viceversa discusso, soprattutto in giurisprudenza, se il decreto ingiuntivo non opposto acquisti autorità ed efficacia di cosa giudicata sostanziale solamente in relazione al credito del quale il giudice ha ingiunto il soddisfacimento (così Cass. Civ., 3 maggio 1974, n. 1244, in *Rep. Foro It.*, 1974, voce *Ingiunzione*, n. 10; Cass. Civ., 7 ottobre 1967, n. 2326, *Rep. Foro It.*, 1968, voce *Ingiunzione*, n. 68), ovvero se l'efficacia di accertamento della pronuncia – in senso negativo – possa estendersi anche al diritto rispetto al quale nessuna ingiunzione è stata emessa (in questo secondo senso Cass. Civ., 7 aprile 2000, n. 4426, in *Rep. Foro It.*, 2000, voce *Ingiunzione*, n. 39). Ebbene, a partire da Cass. Civ., 1 marzo 2006, cit., la dominante giurisprudenza di legittimità è allineata con la prima impostazione, sul presupposto che, *a fortiori*, il decreto monitorio di rigetto del diritto avanzato in giudizio, ex art. 640 c.p.c., non comporta preclusioni di sorta per la futura tutelabilità della situazione sostanziale controversa.

(30) LANCELOTTI F., voce *Provvedimenti del giudice*, cit., p. 428.

(31) Così GARBAGNATI E., *Sull'impugnazione dei provvedimenti decisorii emessi in forma di ordinanza*, in *Giur. It.*, 1949, I, 1, p. 385, cui si rinvia per analoghe considerazioni sul tema.

(32) Su tali questioni cfr. ancora *retro* Cap. II, p. 84 ss.

(33) Va ricordato che a seguito di d.lgs. 150/2011 tali controversie sono state attratte nel procedimento sommario di cognizione. In particolare, l'art. 14 così recita: «1. *Le controversie previste dall'articolo 28 della legge 13 giugno 1942, n. 794, e l'opposizione proposta a norma dell'articolo 645 del codice di procedura civile contro il decreto ingiuntivo riguardante onorari, diritti o spese spettanti ad avvocati per prestazioni giudiziali sono regolate dal rito sommario di cognizione, ove non diversamente disposto dal presente articolo.* 2. *È competente l'ufficio giudiziario di merito adito per il processo nel quale l'avvocato ha prestato la propria opera. Il tribunale decide in composizione collegiale.* 3. *Nel giudizio di merito le parti possono stare in giudizio personalmente.* 4. *L'ordinanza che definisce il giudizio non è appellabile.*».

Anche in questo caso il legislatore aveva utilizzato il modello del procedimento sommario (34) per decidere, mediante ordinanza, una controversia vertente su diritti soggettivi; anche in questo caso, il legislatore aveva posto a conclusione del procedimento un provvedimento diverso dalla sentenza eppure idoneo a passare in giudicato *ex art. 2909 c.c.* (35). Nel farlo, però, si era spinto fino al punto di dichiarare l'ordinanza non impugnabile: ciò, indubbiamente, rappresentava un «pregiudizio irreparabile» (36) per la parte soccombente, la quale rimaneva sprovvista di qualsivoglia strumento di tutela avverso la decisione sulla situazione sostanziale controversa (37).

Tale pericolo è stato scongiurato da una rinnovata ermeneutica della Corte di Cassazione, imperniata sull'espansione applicativa dell'art. 111, attuale co. 7, Cost. (38), allo scopo di evitare che il legislatore potesse sottrarre – quantomeno al controllo di legittimità – provvedimenti aventi ad oggetto diritti soggettivi formalmente

(34) PROTO PISANI A., *Contro l'inutile sommarizzazione del processo civile*, cit., p. 45, sostiene in particolare l'indispensabilità dei procedimenti sommari «ai fini dell'efficienza e dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti complessivamente intesa».

(35) La constatazione è stata fatta propria anche da coloro che hanno avanzato critiche avverso l'ammissibilità, in queste fattispecie, del ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111 Cost.*: v. infatti CALAMANDREI P. – FURNO C., voce *Cassazione Civile*, in *N.simo Dig. It.*, II, Torino, 1958, p. 1067, per i quali «ci si trova di fronte ad un provvedimento che, pur avendo la forma, il corpo (per così dire) dell'ordinanza, ha viceversa, per il suo carattere decisorio, l'anima della sentenza».

(36) Cass. Civ., 30 luglio 1953, n. 2593, in *Giur. It.*, 1954, I, 1, p. 453. La Corte di Cassazione, a partire da detta sentenza, inizia ad evidenziare che la predisposizione delle forme non assicura, di per sé, alcuna garanzia sul corretto esercizio del potere giurisdizionale; per individuare il concreto atteggiarsi di tale potere, occorre guardare alla sostanza. A tal proposito, è essenziale ravvisare un procedimento contenzioso con effettivo esercizio di potere decisorio, mentre la forma con cui si prescrive di rivestire il provvedimento conclusivo è solamente frutto della discrezionalità del legislatore. Sotto questo punto di vista, inoltre, per poter accedere al controllo di legittimità, oltre al carattere già evidenziato della decisorietà, occorre anche la sussistenza di un pregiudizio irreparabile: la c.d. definitività del provvedimento emanato. Questa seconda caratteristica si materializza in assenza di strumenti a disposizione della parte per contestare (almeno) la validità della decisione; in caso contrario, infatti, il pregiudizio, costituito dalla formazione del giudicato, può essere adeguatamente evitato senza dover ricorrere al ricorso straordinario per cassazione. In definitiva, l'ammissibilità del ricorso *ex art. 111*, attuale co. 7, Cost., deve essere inteso come il risultato del combinato disposto di due requisiti: decisorietà e definitività del provvedimento. Peraltro, non può essere questa la sede per dar conto di come, nel corso del tempo, la giurisprudenza abbia inteso riempire di significato i due termini, con pronunce spesso oscillanti (su cui ampiamente TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., *passim*).

(37) GARBAGNATI E., *Inammissibilità del ricorso per cassazione contro un provvedimento decisorio del giudice di primo grado erroneamente emesso in forma di ordinanza*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1967, p. 357, esclude la possibilità di formazione del giudicato in assenza delle garanzie costituzionali proprie della sentenza.

(38) Sotto questo profilo, Cass. Civ., 30 luglio 1953, cit., si discosta dai risultati cui la precedente giurisprudenza era approdata. Cfr. ad es. Cass. Civ., 5 maggio 1951, n. 1061, in *Giur. It.*, 1951, I, 2, p. 529, per la quale la norma Costituzionale doveva essere «intesa in relazione all'art. 131 c.p.c., secondo il quale è la legge che prescrive in quali casi il giudice pronuncia sentenza, ordinanza, decreto, non può essersi riferita che alle sentenze in senso formale».

inoppugnabili (39). Si è così avuta la genesi storica del concetto di sentenza in senso sostanziale (40) ai fini dell'esperimento del c.d. ricorso straordinario in cassazione (41),

(39) DONZELLI R., *Le sezioni unite e il «giusto processo» civile*, in *Corriere Giur.*, 7, 2005, p. 992.

(40) Si riprende in questa sede il discorso solo accennato *retro* Cap. I, Sez. I, p. 20, nota 79, sul tema della sentenza in senso sostanziale, per dare conto delle plurime impostazioni registratesi in dottrina. Anzitutto, molti A. hanno fortemente sostenuto l'utilità di una siffatta interpretazione: così AZZOLINA U., *Impugnabilità in cassazione dei provvedimenti di contenuto decisorio non aventi veste formale di sentenza*, in *Giur. It.*, 1954, I, 1, p. 453; BIANCHI D'ESPINOSA L., *I provvedimenti impugnati per cassazione per l'art. 111 Cost.*, in *Foro It.*, 1953, I, p. 1248; ID., *L'art. 111 della Costituzione e le sentenze impugnabili con ricorso per cassazione*, cit., p. 121; ID., *Ricorso per cassazione a norma dell'art. 111*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1957, p. 1034; ID., *La costituzione e il ricorso per cassazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1962, p. 205; PROVINCIALI R., *Norme di diritto processuale nella Costituzione*, Milano, 1959, p. 34; MANDRIOLI C., *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art. 111 Cost.*, cit., *passim*; ID., *La nozione di sentenza nell'art. 111 Cost.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1966, p. 383; JANNUZZI A., *Sul concetto di sentenza nella costituzione*, in *Jus*, 1953, p. 277; DENTI V., *Note sui provvedimenti non impugnabili*, cit., p. 19; nonché, in relazione ad alcuni casi di applicazione specifica, RICCI E. F., *Il rifiuto di assegnazione del credito pignorato e l'art. 111, secondo comma, Cost.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1968, p. 114; LAPORTA S., *Sulla impugnabilità per cassazione dei decreti del Tribunale emessi nella procedura di fallimento*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1961, p. 342. Viceversa, un secondo gruppo di A. hanno ostentato avversità nei confronti dell'estensione applicativa dell'istituto: in tal senso CALAMANDREI P. – FURNO C., voce *Cassazione civile*, cit., p. 1067, per i quali «*assai più corretta appare invece la dottrina che, sul fondamento della distinzione tra i casi in cui il giudice abbia erroneamente provveduto in forma diversa da quella tassativamente prescritta dalla legge (ad es. con ordinanza, anziché con sentenza) e i casi in cui la legge espressamente prescriva per la pronuncia una forma diversa dalla sentenza, sostiene che nel primo gruppo di casi il provvedimento effettivamente adottato deve andar soggetto alle impugnazioni che la legge concede contro il provvedimento che avrebbe dovuto essere adottato, e non lo è stato per errore del giudice; mentre nel secondo gruppo di casi i provvedimenti pronunciati a norma di legge in forma diversa dalla sentenza, non possono in alcun modo ritenersi soggetti al regime di impugnazione delle sentenze*»; ANDRIOLI V., *Incidenza della Costituzione sulla materia fallimentare*, cit., p. 391; nonché ID., *Commento*, cit., II, p. 499, per cui l'interpretazione in senso sostanziale del termine sentenza aprirebbe le porte all'arbitrio; BARONE C. M., *Intorno ai provvedimenti giurisdizionali decisori rivestiti della forma dell'ordinanza*, in *Foro It.*, I, 1960, I, p. 812; FAZZALARI E., voce *Ricorso per cassazione nel diritto processuale civile*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, XVII, Torino, 1988, p. 580; LANFRANCHI L., *Il ricorso straordinario inesistente*, cit., *passim*; Fra gli A. che, viceversa, si sono limitati a prendere atto del diritto vivente creatosi in giurisprudenza, SATTA S., *Commentario*, II, cit., p. 216: «*ormai non c'è che da prendere atto della interpretazione giurisprudenziale, la cui costanza rende inutile ogni discussione teorica*». Vi sono poi A. che, sebbene altamente scettici nei confronti dell'istituto, ne hanno poi apprezzato col tempo l'utilità: così dapprima GARBAGNATI E., *Sull'impugnazione dei provvedimenti decisori*, cit., p. 387, per il quale «*non sono giuridicamente qualificabili come sentenze, agli effetti della loro impugnazione, quei provvedimenti decisori, che siano pronunciati in forma di ordinanza, in conformità ad una norma che ciò espressamente stabilisca*»; mentre in seguito cfr. l'opposta opinione espressa di ID., *Il Procedimento*, cit., p. 106. Vanno inoltre segnalati gli A. che, inizialmente favorevoli al concetto di sentenza in senso sostanziale, hanno poi ravvisato criticità applicative nell'operato giurisprudenziale: così DENTI V., *Commento all'art. 111 Cost.*, cit., p. 19, il quale finisce per ravvisare in esso un eccesso di garantismo; del pari MANDRIOLI C., *Sulla pretesa impugnabilità ex art. 111 Cost. dei provvedimenti che introducono l'amministrazione controllata e il concordato preventivo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1970, p. 205, nonché ID., *Procedimento di adozione speciale e ricorso ex art. 111 Cost.*, in *Giur. It.*, 1974, I, 1, p. 623, il quale contesta alla giurisprudenza l'applicazione disinvolta del rimedio. Infine v. sul tema TARZIA G., *Le impugnazioni civili fra disfunzioni e riforme*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1984, p. 14 ss., il quale pone in particolare l'attenzione su talune disfunzioni ingeneratesi nel sistema.

(41) Sul tema cfr. principalmente TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., *passim*.

elaborato a partire da una nota pronuncia a sezioni unite civili del 1953 (42), con il dichiarato intento di contrastare l'esigenza legislativa, poi divenuta sempre più frequente nel corso delle riforme, di restringere in modo ingiustificato, a parità di situazioni sostanziali sottese, la tutela giurisdizionale in capo alle parti (43); quando, viceversa, evidenti ragioni di giustizia sostanziale avrebbero dovuto portare ad un diverso approccio (44).

Tale orientamento, sebbene criticato da autorevole dottrina sul piano del diritto positivo (45), ha saputo mantenersi – apparentemente (46) – inalterato nel tempo, assumendo le vesti di un vero e proprio diritto vivente (47).

Dunque, scendendo nel merito del concetto, la giurisprudenza ha iniziato a qualificare sentenza ai fini del ricorso straordinario per cassazione ogni provvedimento

(42) Secondo DONZELLI R., *Le sezioni unite e il giusto processo*, cit., p. 992, la pronuncia in questione viene «riconosciuta come la fonte pseudo - normativa dell'istituto».

(43) Sul fenomeno della sommarizzazione della funzione giurisdizionale decisoria, oltre agli A. richiamati in precedenza nel Cap. II, p. 101, nota 150, v. in questa sede TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 73, per cui l'intervento delle sezioni unite si è rivelato «una strada obbligata», in quanto «circoscrivere l'inderogabilità del ricorso per cassazione alle sole sentenze avrebbe significato creare un sistema diseguale, nel quale, a parità di diritti tutelati, il controllo di legittimità sarebbe venuto a mancare su provvedimenti emessi in forma diversa». Per approfondimenti LANFRANCHI L., *Il ricorso inesistente*, cit., p. 315 ss., cui si rimanda anche per le ulteriori impostazioni dottrinali sul tema.

(44) Seppure aderisca sostanzialmente all'approdo ermeneutico della Suprema Corte, in quanto reputato sintomo di giustizia sostanziale, TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 63, afferma come ciò sia avvenuto oltrepassando il dato testuale, in quanto «nulla induce a pensare che – ancorché il testo della norma si rivolga solo alle sentenze – il rimedio vada ammesso contro provvedimenti in altra forma (se decisorie e non altrimenti impugnabili)». Decisamente più articolata la tesi proposta da MANDRIOLI C., *L'assorbimento dell'azione civile di nullità*, cit., p. 38, il quale ha inteso dimostrare la fondatezza, anche sulla scorta del dato strettamente positivo, della nozione di sentenza in senso sostanziale. Secondo questa ricostruzione alternativa, dunque, la Costituzione detterebbe «una propria nozione di sentenza», autonoma e distinta da quella delineata nel codice di rito; ciò, attraverso una disciplina che non è più quella formale dell'art 132 c.p.c., bensì «una disciplina della forma limitata alla individuazione del solo contenuto», cioè «di puro contenuto – forma» (p. 41). Per l'A., infatti, «la mancanza di descrizione della forma non equivale necessariamente a mancanza di ogni elemento formale» (p. 43); siccome nell'art. 111 Cost. può rintracciarsi un riferimento alla sostanza/funzione di «decidere sui diritti dei cittadini in modo incontrovertibile, o che possa divenire tale» (p. 46), tale evenienza coinvolgerà anche l'individuazione di quel «minimo di estrinsecazione formale di una volontà decisoria, che è comune ad ogni provvedimento giudiziario» (p. 50). Sarebbe dunque questa la nozione di sentenza in senso sostanziale contenuta nell'art. 111, attuale co. 7, Cost., più ampia ma comunque autonoma rispetto alla definizione formale di sentenza configurata dal codice di rito, in quanto avente sia una propria funzione, quella di decidere su diritti, che una sua forma, coincidente con quel minimo di contenuto formale che è proprio di ogni provvedimento giudiziario.

(45) Fra gli A. citati alla nota precedente, v. in particolare le argomentazioni addotte da CALAMANDREI P. – FURNO C., voce *Cassazione Civile*, cit., p. 1068: «questo orientamento non merita però, a nostro giudizio, approvazione, perché non può essere ritenuto conforme al diritto processuale positivo. (...) I provvedimenti pronunciati a norma di legge in forma diversa dalla sentenza, non possono in alcun modo ritenersi soggetti al regime di impugnazione delle sentenze»; sul punto anche BARONE C. M., *Intorno ai provvedimenti giurisdizionali decisorie rivestiti della forma dell'ordinanza*, cit., p. 813.

(46) La precisazione è di TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 1.

(47) Così già SATTA S., *Commentario*, II, cit., p. 216. In giurisprudenza, fra le tante, Cass. Civ., 8 marzo 2006, n. 4377.

avente i requisiti della decisorietà e definitività, a prescindere dal *nomen iuris* prescritto dalla legge (48), con la conseguenza di permettere l'impugnazione per cassazione avverso ogni provvedimento dal contenuto decisorio in relazione alle situazioni giuridiche del soggetto coinvolto – o comunque su di esse incidente (49) –, nonché suscettibile di arrecare alla parte un pregiudizio non altrimenti riparabile (50).

2.2. Il principio di prevalenza della sostanza sulla forma ed il concetto di sentenza in senso sostanziale a confronto.

Le riflessioni appena svolte conducono ad affermare che il principio della prevalenza della sostanza sulla forma non deve essere confuso con il concetto di sentenza in senso sostanziale (51).

Infatti, per quanto entrambi di matrice giurisprudenziale e volti ad ovviare un generico contrasto forma – sostanza insito nel provvedimento, una triplice distinzione concettuale permette di autonomizzare i due concetti (52). Difatti:

a) mentre il principio della prevalenza della sostanza sulla forma si applica nei casi di errore del giudice, la sentenza in senso sostanziale è rimedio teso a *dribblare* una precisa volontà legislativa;

(48) In argomento MANDRIOLI C., *I c.d. procedimenti camerali su diritti e ricorso straordinario per cassazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1988, p. 921; FAZZALARI E., *Procedimenti camerali e tutela dei diritti*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1988, p. 909; CARRATTA A., voce *Processo camerale (dir. proc. civ.)*, in *Annali Enc. Dir.*, III, Milano, 2010, p. 928.

(49) Per approfondimenti su questa peculiare applicazione del ricorso straordinario, con conseguente estensione dell'argine di tutela per la parte, v. TISCINI R., *Il ricorso straordinario in cassazione*, cit., p. 118 ss.; ad ogni modo, critico nei confronti di una dilatata estensione del concetto di decisorietà CARRATTA A., *Provvedimenti cameral-sommari, «decisorietà» e ricorso in cassazione*, in *Fam. Dir.*, 2007, p. 128 ss.

(50) Per una rassegna delle decisioni avutesi in tema di definitività e decisorietà si rinvia a TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., pp. 123 – 156. Peraltro l'A. ravvisa, in alcune pronunce di legittimità, una complanarità fra questi due requisiti sotto la prospettiva dell'idoneità al passaggio in giudicato della decisione emanata.

(51) Pressoché testualmente PUNZI C., *Il processo civile, Sistema e problematiche*, II, cit., p. 358. In passato v. TARZIA G., *Profili della sentenza civile impugnabile*, cit., p. 11, per il quale l'introduzione nell'ordinamento giuridico dell'art. 111 Cost. «non altera la fisionomia della materia» della qualificazione del provvedimento in seguito ad errore del giudice nella scelta della forma da adottare, così come, del pari, neppure incide «sul trattamento normativo del provvedimento decisorio anomalo»; cfr. sul punto ancora GARBAGNATI E., *Inammissibilità del ricorso per cassazione contro un provvedimento decisorio del giudice*, cit., p. 357.

(52) L'elencazione tripartita delle differenze è già presente nello studio di TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 92.

b) mentre la teoria della prevalenza della sostanza sulla forma va relazionata al provvedimento concretamente emanato dal giudice, il concetto di sentenza in senso sostanziale opera sul piano dell'interpretazione della norma in generale;

c) mentre l'utilizzo del principio della prevalenza della sostanza sulla forma è volto ad individuare il corretto mezzo di impugnazione, la teorizzazione della sentenza in senso sostanziale muove dall'esigenza di creare un'impugnazione altrimenti negata.

Ad ogni modo, va a margine osservato come le due teorie non si autoescludono a vicenda: infatti, il principio della prevalenza della sostanza sulla forma può essere utilizzato anche quando la legge abbia previsto l'emanazione, in un determinato procedimento speciale, di un provvedimento diverso dalla sentenza (53). Certo è che, in tali ipotesi, l'oggettiva ambiguità dei lemmi linguistici può portare ad una confusione logica inestricabile fra i due concetti; proprio da tali rilievi muove Garbagnati (54), il quale ha individuato una diversa visione prospettica del principio della prevalenza della sostanza sulla forma, che verrà analizzata nel paragrafo seguente (55).

3. Il principio della prevalenza del regime giuridico astrattamente previsto per legge.

(53) Ancora TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 94, nota 332. Può inoltre dirsi esistente uno spazio entro cui le due teorie sono destinate a collaborare: l'abnormità del provvedimento reso in procedimenti speciali di natura contenziosa, espressamente dichiarato inoppugnabile dalla legge. L'esempio è costituito dal caso in cui il provvedimento abnorme, in quanto viziato da forma, risulti sfornito di un apposito controllo – riesame; in queste circostanze potrebbe crearsi una congiuntura fra errore del giudice e mancanza di previsione del mezzo di impugnazione *ex lege*, comportante l'esperibilità del ricorso straordinario in cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. Sul punto si ritornerà in seguito nel Cap. IV, quando verrà specificamente analizzato l'operato giurisprudenziale.

(54) Nel primo contributo dedicato alla problematica, GARBAGNATI E., *Sull'impugnazione dei provvedimenti decisori emessi in forma di ordinanza*, cit., p. 385, esordisce osservando come «non sia ancora del tutto chiaro, nel pensiero del Supremo Collegio, il rapporto intercorrente fra le forme di un provvedimento giurisdizionale ed i mezzi di impugnazione del medesimo».

(55) Numerosi i contributi dell'A. sul tema: GARBAGNATI E., *Sull'impugnazione dei provvedimenti decisori emessi in forma di ordinanza*, cit., p. 385; ID., *In tema di appello contro un'ordinanza di convalida di sfratto*, in *Giur. It.*, 1950, I, 2, p. 743; ID., *Limiti all'inappellabilità dell'ordinanza per convalida di sfratto*, in *Foro Pad.*, 1956, I, p. 555; ID., *Ancora in tema di appello contro un provvedimento erroneamente emesso in forma di ordinanza*, in *Foro Pad.*, 1957, I, p. 25; ID., *Ancora sulla impugnabilità dell'ordinanza, che decide in camera di consiglio una opposizione a decreto d'ingiunzione*, in *Foro Pad.*, 1951, p. 232; ID., *Inammissibilità del ricorso per cassazione contro un provvedimento decisorio del giudice di primo grado erroneamente emesso in forma di ordinanza*, cit., p. 356; ID., *Recensione a G. Tarzia, Profili della sentenza civile impugnabile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1967, p. 338; ID., *Sull'appellabilità di una ordinanza collegiale di rigetto di una eccezione di prescrizione*, in *Giur. It.*, 1974, I, 1, p. 1713.

Come già anticipato, la regola della prevalenza della sostanza sulla forma può essere descritta attraverso due visioni prospettiche, con l'identica conseguenza che al fine di stabilire il corretto mezzo di impugnazione è irrilevante l'errore commesso dal giudice (56).

Più distesamente, secondo la ricostruzione di Garbagnati, quando il giudice riveste il provvedimento di una forma diversa da quella prescritta per legge, il regime giuridico dell'atto non si ricava dalla forma concretamente adottata, bensì da quella applicabile qualora il provvedimento fosse stato emanato con le modalità astrattamente richieste dalla legge (57).

Secondo il pensiero dell'Autore, quindi, esigenze dogmatiche impongono di abbandonare il riferimento alla sostanza del provvedimento, all'insegna di un parametro esclusivamente oggettivo: la forma astratta imposta dal legislatore a seconda dei casi (58).

In effetti, vista l'importanza che l'attuale codice di rito concede alla struttura formale dei provvedimenti, Garbagnati sceglie di muovere dal rinnovato presupposto che la loro identificazione debba avvenire avuto esclusivo riguardo al contenuto formale, a prescindere dalla materia trattata (59). Sotto questo punto di vista, gli artt. 131 ss. c.p.c. specificano i requisiti formali necessari e sufficienti affinché un provvedimento possa giuridicamente qualificarsi come sentenza, ordinanza o decreto; non è quindi logicamente possibile definire sentenza al provvedimento che, in tesi,

(56) Come si avrà modo di analizzare più avanti nel corso della trattazione, la soluzione adottata da Garbagnati differisce in punto di trattamento del vizio di abnormità (v. *infra* Cap. III, Sez. II, p. 172 ss.).

(57) Così in particolare GARBAGNATI E., *Sull'impugnazione dei provvedimenti decisori*, cit., p. 385: «sono impugnabili coi mezzi d'impugnazione delle sentenze i provvedimenti giurisdizionali di natura decisoria, che sono stati erroneamente emessi in forma di ordinanza, mentre la legge prescriveva la forma della sentenza; non sono invece giuridicamente qualificabili come sentenze, agli effetti della loro impugnazione, quei provvedimenti decisori, che siano pronunciati in forma di ordinanza, in conformità ad una norma che ciò espressamente stabilisca».

(58) GARBAGNATI E., *Sull'impugnazione dei provvedimenti decisori*, cit., p. 385, pone infatti l'attenzione sul «difetto d'impostazione del problema da parte della Cassazione: e cioè, di fondare la distinzione fra ordinanza e sentenza, prescindendo completamente dalla forma del provvedimento stesso».

(59) Nello specifico, infatti, GARBAGNATI E., *Ancora in tema di appello contro un provvedimento erroneamente emesso in forma di ordinanza*, cit., p. 25, afferma che «il concetto di sentenza deve essere elaborato esclusivamente in relazione alla forma, e non al contenuto sostanziale di un provvedimento giurisdizionale».

presenti in concreto un contenuto riconducibile al modello imposto dall'art. 134 c.p.c. (60).

Dopo aver chiarito che il provvedimento emanato debba essere identificato sulla base di quello che effettivamente è, a prescindere da eventuali errori del giudice, l'attenzione va spostata su un diverso piano, ovvero il seguente: appurato, ad esempio, che il giudice di primo grado abbia emanato ordinanza collegiale per decidere il merito della controversia *ex art. 279 c.p.c.*, quale mezzo di impugnazione è effettivamente esperibile per contestare la decisione?

Orbene, tale provvedimento va impugnato nei modi e nelle forme propri del provvedimento che la legge prescriveva di adottare in questi casi. Ne discende, appunto, una prevalenza della prescrizione astratta di legge rispetto alla fattispecie concreta, che rende irrilevante l'errore del giudice ai fini dell'impugnazione della decisione emanata.

Così facendo, in ultima analisi, l'attenzione viene spostata sul piano della correlazione fra efficacia del provvedimento e sua impugnabilità; a tal proposito, Garbagnati risolve la problematica concedendo esclusiva rilevanza al dato normativo astratto, a discapito della fattispecie effettiva: ciò in quanto l'art. 323 c.p.c., nel determinare l'impugnabilità delle sentenze, si riferisce a tutte quelle fattispecie in cui il giudice deve emanare tale tipo di decisione (61).

Peraltro, i termini della questione possono essere complessivamente intesi solo dopo aver analizzato anche la teoria opposta, ovvero quella della prevalenza della forma effettivamente assunta dal provvedimento rispetto al suo modello legale; come si vedrà nel prossimo paragrafo, essa trova in Tarzia il suo principale esponente (62).

(60) Il ragionamento ripercorre la ricostruzione adottata da GARBAGNATI E., *Sull'appellabilità*, cit., p. 1715.

(61) GARBAGNATI E., *Sull'appellabilità di una ordinanza collegiale di rigetto di una eccezione di prescrizione*, cit., p. 1713: «l'art. 323 codice di proc. civile si riferisce, con la parola sentenze, non ad ogni provvedimento giurisdizionale che abbia assunto in concreto la forma contemplata dall'art. 132 codice di proc. civile, bensì a quei provvedimenti del giudice che, in base all'art. 279 codice di proc. civile, o ad altre specifiche disposizioni legislative, devono essere pronunciati in forma di sentenza: indipendentemente dalla forma da essi concretamente assunta. L'eventuale errore del giudice nella scelta della forma del proprio provvedimento non è infatti rilevante, a mio avviso, agli effetti della impugnazione del provvedimento stesso; in particolare, è soggetto ad appello il provvedimento giurisdizionale decisorio, erroneamente emanato dal giudice di primo grado in forma di ordinanza: mentre non è appellabile il provvedimento istruttorio, al quale l'organo giurisdizionale abbia erroneamente attribuito la forma della sentenza».

(62) TARZIA G., *Profili della sentenza*, cit., *passim*; precedentemente ed in analoga direzione v. ID., *Premesse per l'individuazione della sentenza civile impugnabile*, in *Jus*, 1964, p. 362 ss.

4. Il principio della prevalenza della forma effettivamente assunta dal provvedimento.

Da una prima analisi del principio della prevalenza della sostanza sulla forma è emerso che la giurisprudenza trascura la forma effettiva del provvedimento, per concentrarsi sull'individuazione dello stesso in virtù della materia trattata. Anche Garbagnati, in definitiva, finisce per trascurare la forma effettiva assunta dal provvedimento, in quanto recessiva rispetto al regime astrattamente previsto dal legislatore.

Del tutto speculari sono le conclusioni sviluppate da Tarzia (63): stando a questa impostazione (64), infatti, solo dopo avere stabilito l'identità del provvedimento di fatto emesso, si può verificare il regime giuridico proprio della decisione (65).

In particolare, sentenza, ordinanza e decreto possono distinguersi «secondo i loro modelli legislativi, (...) senza che sia necessario far leva sulla diversità delle materie, per il cui regolamento essi sono rispettivamente previsti» (66); per intendersi,

(63) TARZIA G., *Profili della sentenza civile impugnabile*, cit., *passim*. In linea teorica, secondo l'A. (p. 7) sono molteplici gli elementi che di volta in volta risultano decisivi ai fini della proponibilità di un mezzo di impugnazione anziché di un altro: una diversa valutazione di tali indici, infatti, è idonea ad interagire con la disciplina dettata dalla legge in materia. Essi sono: a) il contenuto formale del provvedimento (sentenza, ordinanza, decreto); b) la materia trattata (si pensi alla distinzione tracciata dall'art. 279 c.p.c.); c) i presupposti per l'emanazione del provvedimento (ad esempio, l'assenza di contestazioni fra le parti del giudizio divisorio come condizione per emanare ordinanza ex art. 785 c.p.c.); d) il grado in cui il provvedimento è emanato (primo grado, appello, giudizio di legittimità dinanzi alla Cassazione); e) il criterio impiegato dal giudice ai fini della decisione (il riferimento è alle sentenze equitative pronunciate ex art. 114 c.p.c. su accordo delle parti in materia di diritti disponibili); f) il valore della causa (ad esempio sono inappellabili ex art. 440 c.p.c. le sentenze pronunciate in controversie di lavoro dal valore inferiore ad euro 25,82); g) l'oggetto del processo, inteso come qualificazione ad opera del giudice dell'azione proposta (emblematica la distinzione di disciplina fra l'opposizione ex art. 615 c.p.c. e quella proposta ai sensi dell'art. 617 c.p.c.).

(64) Fra i principali sostenitori del principio v. anche CALAMANDREI P., *Questioni sull'ammissibilità dei lodi parziali e sulla loro impugnazione*, cit., p. 270 ss.; FURNO C., *Invalidità e impugnazione delle sentenze equitative ex art. 114 cod. proc. civ. processualmente illegittime*, in *Giur. It.*, 1954, IV, p. 1; ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, cit., p. 479 ss.; MANDRIOLI C., *L'assorbimento*, cit., p. 104 ss.; SORACE S., *Spunti intorno ai provvedimenti giudiziali civili emessi in forma diversa da quella corrispondente alla sostanza degli stessi e ai rimedi esperibili*, in *Studi in memoria di S. Satta*, II, Padova, 1982, p. 1639 ss.

(65) TARZIA G., *Profili*, cit., p. 15.

(66) TARZIA G., *Profili*, cit., p. 25. Invero, come già osservato *retro* Cap. III, Sez. I, p. 130 ss., la teoria sostanzialista è nata nella vigenza del codice di rito del 1865, che rispetto a quello attuale concedeva minor attenzione al criterio formale. Per una ricostruzione della teoria nella vigenza del codice abrogato cfr. ancora ROCCO A., *La sentenza civile*, cit., pp. 53 – 67; MORTARA L., *Commentario*, II, cit., p. 605 ss.; CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 800 ss.

attraverso gli artt. 132, 134 e 135 c.p.c. (67). Tale sussunzione deve avvenire dando rilevanza ai principali requisiti caratterizzanti ogni modulo (68). Per la sentenza, essi corrispondono alla motivazione in fatto ed in diritto, al dispositivo, nonché alla sottoscrizione del presidente e dell'estensore (quando il giudice sia collegiale); viceversa, non assume rilevanza il *nomen juris*, se in contrasto con gli altri elementi (69), così come l'indicazione del giudice, delle parti e dei difensori, ovvero le eventuali conclusioni del PM (70).

Orbene, premessa l'individuazione del provvedimento in ossequio ai suddetti criteri (71), la sentenza pronunciata in un caso in cui per legge il giudice avrebbe dovuto

(67) Con la consueta chiarezza, CALAMANDREI P., *Questioni sull'ammissibilità dei lodi parziali e sulla loro impugnazione*, cit., pp. 271 – 272, così argomenta le proprie ragioni: «è noto che la tripartizione dei provvedimenti del giudice fatta dalla legge (art. 131) è basata unicamente su criteri di forma: è la sentenza quel provvedimento che ha la forma di sentenza; è ordinanza quello che ha la forma di ordinanza; e così per il decreto. Di regola a queste tre forme corrisponde un diverso contenuto e una diversa funzione; ma in proposito non esiste una regola sicura, perché la forma che deve avere un provvedimento nel caso in cui, se si guardasse alla funzione del provvedimento, parrebbe più idonea a fil di logica la forma della sentenza, la legge prescriva o permetta che si adoperi invece la forma di ordinanza; o viceversa. (...) E se fosse lecito all'interprete di verificare in ogni caso se la forma del provvedimento corrisponde alla funzione sostanziale (...), questo porterebbe al caos processuale! Si aggiunga infine che anche la scelta della forma da dare al provvedimento è un atto di volontà del giudice; è una esplicazione del suo potere giurisdizionale. La sentenza pronunciata dal giudice in un caso in cui per legge avrebbe dovuto pronunciare un'ordinanza vale, se non altro come volontà di dare a quel provvedimento la forma di sentenza: questa volontà del giudice, manifestata in forma di sentenza, sarà giuridicamente sbagliata, sarà annullabile, sarà impugnabile; non si può dire che sia giuridicamente inesistente, o che sia una mera apparenza sotto la quale, senza bisogno di tempestiva impugnazione e in virtù di una specie di inusitata conversione del provvedimento giurisdizionale, dovrebbe ammettersi allo scoperto, in luogo della sentenza che sola esiste e che il giudice ha voluto, una ordinanza che il giudice non ha voluto, e che quindi non è mai esistita. (...) Se è proprio vero che la volontà soggettiva del giudice non ha rilevanza, che cosa rimane di oggettivo se non la forma del provvedimento, che qui era appunto di sentenza e non di ordinanza?».

(68) TARZIA G., *Profili*, cit., p. 34.

(69) TARZIA G., *Profili*, cit., p. 35, sembra in tali ipotesi profilare l'applicabilità dell'istituto della correzione degli errori materiali, previsto dall'art. 287 c.p.c. Viceversa, secondo CIANNI F., *Contrasto tra forma e contenuto di un provvedimento giurisdizionale e limite processuale per la proposizione dell'istanza di rettifica o annullamento del medesimo*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1955, III, p. 340, tale istituto sarebbe da limitarsi alle ipotesi in cui «tutte le parti interessate al processo convenissero di comune accordo che il provvedimento è errato nella forma».

(70) Volendo connettere queste indicazioni con gli orientamenti attualmente espressi dalla giurisprudenza in tema di nullità della sentenza, oggetto di analisi *retro* Cap. II, p. 120, nota 227, può osservarsi come le singole ipotesi di invalidità non siano in grado di influire sulla identificazione ricavabile in base all'art. 132 c.p.c. Emblematico è il vizio di sottoscrizione della sentenza (art. 162, co. 2, c.p.c.): nonostante la sua gravità, infatti, la sentenza non sottoscritta (od *a fortiori* sottoscritta in modo insufficiente), rimane pur sempre qualificabile come sentenza. Viceversa, l'A. esclude che possa appartenere alla categoria «provvedimento» l'atto emanato *a non iudice*, nonché, più in generale, ogni provvedimento inesistente dal punto di vista materiale. Ad ogni modo, l'A. sceglie di prescindere dall'analisi dei casi limite, in cui risulta oggettivamente arduo qualificare il provvedimento emanato; in questi casi può esprimersi un giudizio «sol di fronte alle singole fattispecie concrete» (così TARZIA G., *Profili*, cit., p. 38).

(71) TARZIA G., *Profili*, cit., p. 31, richiama il pensiero già espresso da DENTI V., *Interpretazione della sentenza civile*, cit., pp. 22 – 23: «il problema della certezza del comando, ossia della sua

emanare un'ordinanza, vale per quello che è, ovvero una sentenza; come tale essa sarà impugnabile nei limiti e secondo le regole proprie dei mezzi di impugnazione che l'art. 323 c.p.c. prevede espressamente per le sentenze (72).

Tali rilievi sembrano realizzare appieno le esigenze di certezza delle parti destinatarie dell'efficacia dell'atto (73), maggiormente agevolate nella scelta del rimedio giuridico avverso il provvedimento anomalo. In effetti, l'identificazione del regime di impugnazione in base alla sostanza, così come prospettata in giurisprudenza, comporta, inevitabilmente, un *plus* interpretativo rispetto alla mera constatazione circa la struttura formale del provvedimento (74).

Evidente, inoltre, la rivalutazione del principio di affidamento incolpevole (75): la parte processuale, in effetti, confidando nel regime giuridico scaturente dalla forma del provvedimento concretamente adottata dal giudice, potrebbe essere tratta in errore nella scelta del rimedio esperibile (76).

Emblematica, in tal senso, l'ordinanza emessa nei casi in cui il giudice avrebbe dovuto decidere con sentenza non definitiva *ex art. 279, co. 2, n. 4, c.p.c.* (77): qualora nel termine per impugnare, o comunque entro la prima udienza successiva fissata dal giudice precedente, la parte interessata non dovesse proporre appello, ovvero effettuare la riserva *ex art. 340 c.p.c.*, stando al principio della prevalenza della sostanza essa

qualificazione giuridica, si pone anzitutto per l'interprete come identificazione del provvedimento»; i criteri per questa identificazione «vanno ricercati nelle norme di diritto processuale che ne prevedono il regolamento formale».

(72) TARZIA G., *Profili*, cit., p. 81.

(73) TARZIA G., *Profili*, cit., p. 183, si esprime in termini di «*aspirazione, profondamente sentita, alla certezza della tutela giurisdizionale*»; secondo VERDE G., *Profili del processo*, cit., p. 260, tale teoria prende vigore da «*elementari esigenze di certezza*»; anche per DE DIVITIIS P., *Sulla teoria*, cit., p. 412, la teoria dell'apparenza privilegia «*l'interesse della parte all'immediata e sicura individuazione delle modalità di impugnazione del provvedimento anomalo*».

(74) Se oltretutto si riflette sul fatto che, in alcuni casi, l'applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma porta ad un nulla di fatto per le ragioni che verranno esposte *infra* Cap. III, Sez. II, pp. 176 – 181, ci si chiede il perché di questo sforzo ermeneutico.

(75) ORIANI R., *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987, p. 210.

(76) SORACE S., *Spunti intorno ai provvedimenti giudiziali*, cit., p. 1651, nota 16.

(77) Peraltro, viene specificato dalla giurisprudenza che la specifica materia su cui si è pronunciato il giudice «*segna l'esaurirsi della potestas decidendi sulla relativa questione e, pertanto, ancorché non passata in giudicato, osta a che lo stesso giudice possa, con la sentenza definitiva, nuovamente pronunciare al riguardo*» (Cass. Civ., n. 2237 del 2005; Cass. Civ., n. 6311 del 1990). Sul piano generale cfr. in dottrina ATTARDI A., *In tema di questioni pregiudiziali e giudicato*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, I, p. 432 ss.

acquisterà definitivamente l'autorità di giudicato, nonostante la parte abbia in tesi confidato nella possibilità di modifica o revoca (78).

Orbene, ciò chiarito per i provvedimenti emanabili nel processo ordinario di cognizione, può osservarsi come l'impostazione adottata da Tarzia finisca per essere in parte rimodulata per giustificare l'applicazione di tali principi alle vicende dei procedimenti speciali. Nello specifico, infatti, viene affermato che in essi l'identificazione del provvedimento non può avvenire esclusivamente in base agli artt. 132, 134 e 135 c.p.c. (79); essenziale importanza dovrà assumere anche il peculiare contenuto dispositivo del precetto, ovvero il tipo di tutela erogata (80).

In altre parole, mentre la sentenza emanata nell'ambito di un processo ordinario di cognizione è impugnabile proprio in quanto sentenza *ex art. 132 c.p.c.*, a prescindere dal procedimento nel quale si innesta (per il principio di autosufficienza della decisione giudiziaria), il mezzo di impugnazione esperibile avverso i provvedimenti speciali, ferma restando la presa di coscienza circa il modulo effettivamente utilizzato, varierà – in definitiva – in base alla natura del potere esercitato dal giudice.

4.1. Il suo preteso fondamento positivo.

Le ragioni per cui non possa prevalere, ai fini dell'impugnazione, il regime giuridico previsto in astratto per quella determinata fattispecie, vengono rintracciate da Tarzia in argomentazioni di ordine positivo. In particolare, per il processo ordinario di

(78) La giurisprudenza reputa inammissibile l'appello proposto avverso la sostanziale sentenza non definitiva, qualora proposto solo all'esito del giudizio di primo grado e senza previa rituale riserva *ex art. 340 c.p.c.* (Cass. Civ., 25 agosto 2014, n. 18188; Cass. Civ., 11 giugno 2003, n. 9387). Del pari, è reputato inammissibile l'appello proposto in via immediata avverso una sentenza non definitiva dopo che la parte aveva già formulato istanza di riserva, con la particolarità che esso – in deroga all'art. 358 c.p.c. – potrà comunque riproporsi all'esito del giudizio di primo grado (così Cass. Civ., 2 febbraio 2016, n. 1992; Cass. Civ., 12 aprile 2002, n. 5282; Cass. Civ., 22 novembre 1991, n. 12577; Cass. Civ., 10 novembre 1989, n. 4777).

(79) TARZIA G., *Profili*, cit., p. 142: «*il procedimento non entra nella fattispecie della sentenza impugnabile, nel preciso senso che la sua carenza, o i vizi che l'affliggono, non impediscono di qualificare come sentenza l'atto compiuto dal giudice, ove esso sia munito dei requisiti descritti dall'art. 132 c.p.c.*».

(80) Ancora TARZIA G., *op. cit.*, p. 138: «*se si estende l'indagine al di fuori dell'hortus del processo dichiarativo ordinario, si nota facilmente che il sistema dei rimedi contro i provvedimenti di forma diversa, lungi dall'essere organizzato sul mero fondamento del loro modulo formale, rispecchia parimenti la struttura del procedimento pregresso, o quanto meno quella della tutela erogata*».

cognizione l'attenzione deve essere rivolta all'art. 279, co. 4, c.p.c., il quale costituirebbe conferma dei principi espressi in via generale (81).

Posto infatti il caso che il collegio – o il giudice monocratico – emani ordinanza, anziché sentenza non definitiva, per rigettare un'eccezione di prescrizione, stando alla ricostruzione dell'Autore, il provvedimento non sarebbe idoneo a passare in giudicato, in quanto esso, seppur decisorio, non può per legge pregiudicare la decisione della causa; ciò varrebbe anche per le ipotesi in cui il giudice pretenda con ordinanza di definire interamente la controversia dinanzi a sé (82).

Tale visione applicativa dell'art. 279, co. 4, c.p.c., viene suffragata riportando alcuni passi degli interventi avutisi nei lavori preparatori della riforma, stando ai quali risulterebbe confermato che il campo elettivo della disposizione è proprio quello dell'errore del giudice nella scelta della forma del provvedimento, nel senso di un *favor* per la prevalenza della forma sulla sostanza (83).

Dunque, il riferimento al fatto che le ordinanze non possano mai pregiudicare la decisione della causa sarebbe idoneo ad arginare la tendenza giurisprudenziale nei casi di errore del giudice nella scelta della forma provvedimento, viceversa tesa a far prevalere la sostanza della decisione (84).

(81) Il testo dell'art. 279, co. 4, c.p.c., introdotto con l. 581/1950, così recita: «*i provvedimenti del collegio, che hanno forma di ordinanza, comunque motivati, non possono mai pregiudicare la decisione della causa: salvo che la legge disponga altrimenti, essi sono modificabili e revocabili dallo stesso collegio, e non sono soggetti ai mezzi di impugnazione previsti per le sentenze*». L'aggiunta può considerarsi la riesumazione di una precedente disposizione, discussa e mai approvata: l'art. 16, co. 3, d.lgs. 483/1948, il quale disponeva che «*le considerazioni attinenti al merito eventualmente contenute nell'ordinanza non possono in nessun caso pregiudicare la decisione delle questioni a cui esse si riferiscono*». In argomento anche TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 76, nota 268.

(82) TARZIA G., *Profili*, cit., p. 162.

(83) *Relazione di Rocchetti*, in *Le leggi*, 1948, p. 1018: «*i pericoli, invero remoti, di situazioni anomale che possano derivare dall'errore del giudice, il quale abbia adottato la forma dell'ordinanza per decidere su materia propria di una sentenza, sono eliminati*». Ancora, v. *Relazione del guardasigilli Grassi*, in *Le leggi*, cit., p. 1151: «*si è ritenuto di eliminare la preoccupazione che (...) si verificassero casi patologici in cui, avendo il giudice sfiorato e discusso con l'ordinanza collegiale questioni di merito, sorga dubbio se in realtà ci si trovi di fronte a una ordinanza o se invece si tratti di sentenza da impugnare immediatamente, sotto pena di preclusione di ogni possibilità ulteriore di discutere e far riesaminare le questioni predette*». Cfr. inoltre quanto osservato da CALAMENDREI P., in *Camera dei deputati, Atti parlamentari, Commissioni*, III, 4 gennaio 1949 – 1 aprile 1953, p. 235, per cui «*è gravissimo il sistema che sta prevalendo in Cassazione, di dare prevalenza alla sostanza anziché alla forma*», in quanto «*l'interessato, di fronte a un provvedimento che ha la forma di ordinanza, ma la sostanza di sentenza non lo impugna*». V. ad ogni modo TARZIA G., *Profili*, cit., p. 161 ss., ove vengono riportati ulteriori passi delle relazioni effettuate da Grassi, Variale, Calamandrei e Rocchetti.

(84) TARZIA G., *Profili*, cit., pp. 163 – 164. Nello stesso senso inizialmente anche JANNUZZI A., *Revoca e impugnazione delle ordinanze collegiali nella riforma del processo civile*, in *Giust. Civ.*, 1951, p. 262, per il quale l'ordinanza erroneamente emanata consente alla parte l'esperimento dell'*actio nullitatis*, ovvero la facoltà di riproporre la domanda in giudizio. Peraltro, in seguito, lo stesso JANNUZZI

Inoltre, sulla scorta della medesima disposizione legislativa, è stata sostenuta *a contrario* l'impugnabilità *ex art. 323 c.p.c.* dei provvedimenti ordinatori adottati per errore con sentenza (85).

Ad ogni modo, è necessario evidenziare sin d'ora che l'art. 279, co. 4, c.p.c., è stato oggetto di ulteriori interpretazioni, che qui di seguito si riportano.

a) Per un primo gruppo di Autori, la norma prende in considerazione i casi di fisiologica emanazione di ordinanza mirata a risolvere questioni istruttorie, nelle quali però vengano inseriti *obiter dicta* sconfinanti nel merito della controversia (86). Tale presa di posizione fa leva, da un lato, sull'inciso «*comunque motivate*» contenuto nella disposizione; dall'altro, sulla natura unitaria della disposizione, per cui l'espressione «*non possono mai pregiudicare la decisione della causa*» si riflette nella possibilità per la parte di ottenere la modifica o la revoca del provvedimento (87). Si pensi al caso dell'ordinanza che, oltre a disporre l'ammissione dei mezzi istruttori, espone in via incidentale anche le ragioni per cui è stata accantonata – siccome ritenuta infondata – l'eccezione di difetto di giurisdizione avanzata dal convenuto (88).

A., *Impugnazione del provvedimento*, cit., *passim*, come visto finirà per aderire allo *jus receptum* della giurisprudenza di legittimità, variando la sua precedente impostazione.

(85) TARZIA G., *Profili*, cit., p. 165, per il quale l'emanazione di sentenza in luogo di ordinanza istruttoria importa l'onere per la parte di proporre appello. In tal senso, in precedenza MINOLI E., *Osservazioni sul regime dei provvedimenti interlocutori di primo grado secondo il decreto legislativo 5 maggio 1948, n. 483*, in *Giur. It.*, 1948, IV, p. 131 (questo A., però, sembra trattare congiuntamente i fenomeni della prevalenza della sostanza sulla forma e della sentenza in senso sostanziale). Cfr. anche ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, cit., p. 486: «*non pare che l'art. 279, comma 4, pur nell'ambito del processo di cognizione, possa disciplinare l'ipotesi, opposta a quella direttamente prevista, del provvedimento istruttorio, adottato in forma di sentenza, senza violare il principio, davvero fondamentale, della conversione delle nullità in motivi di gravame, sancito dall'art. 161*»; viceversa, per VERDE G., *Profili*, cit., p. 290, «*la forma di sentenza non può imporre alla parte la necessità di impugnare*»: il riferimento è proprio ai casi in cui il giudice emani sentenza per ammettere un mezzo di prova, per il quale occorre «*far prevalere la logica e il buon senso*».

(86) In tal senso, fra i molti in dottrina, v. specificamente GARBAGNATI E., *Sull'appellabilità di un'ordinanza collegiale*, cit., p. 1714. L'opinione trova conferme in CORTESANI E., *Le innovazioni relative ai provvedimenti del giudice e la mutata struttura del processo civile*, in *Giur. It.*, 1950, IV, p. 112. Cfr. sul punto anche LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 176 ss.

(87) *Contra* TARZIA G., *Profili*, cit., p. 169, per il quale è da «*respingere l'opinione (...) secondo la quale la norma inciderebbe soltanto sugli obiter dicta della motivazione*». Certo è che, al di là delle intenzioni professate in sede di lavori preparatori, la struttura lessicale della norma lascia intatti i forti dubbi interpretativi. Per rilievi in tal senso v. LATELLA M. T., *Decisione sull'estinzione del processo: forma, sua patologia ed impugnazioni*, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, p. 311, in relazione all'ordinanza collegiale dichiarativa dell'estinzione del processo.

(88) Raffrontando le numerose sentenze avutesi sulla questione, può affermarsi che questo è l'indirizzo esegetico prescelto dalla giurisprudenza. Dunque, se il collegio utilizza l'ordinanza per risolvere questioni istruttorie, e nel farlo utilizza anche argomentazioni di merito, la Suprema Corte ritiene che l'intrinseca natura ordinatoria non rende l'ordinanza emanata impugnabile *ex art. 323 c.p.c.* Per riferimenti v., senza pretesa di completezza, Cass. Civ., n. 6426 del 2014; Cass. Civ., n. 4986 del 2011; Cass. Civ., n. 25837 del 2007; Cass. Civ., n. 8174 del 2006; Cass. Civ., n. 28233 del 2005; Cass.

b) Per un secondo gruppo di Autori, la norma comprende solo le ipotesi di ordinanza che pretende di decidere questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito senza porre fine alla controversia, non già i casi di decisione definitiva della causa. Ciò in quanto il riferimento al pregiudizio nella decisione della causa contenuto nella prima parte della disposizione presuppone la continuazione del giudizio dinanzi allo stesso giudice (89).

4.2. L'identificazione del provvedimento in relazione alla natura del potere esercitato.

Civ., n. 20470 del 2005; Cass. Civ., n. 3816 del 2005; Cass. Civ., n. 3585 del 2005; Cass. Civ., n. 2237 del 2005; Cass. Civ., n. 14637 del 2004; Cass. Civ., n. 10946 del 2004; Cass. Civ., n. 6951 del 2004; Cass. Civ., n. 2851 del 2004; Cass. Civ., n. 17780 del 2003; Cass. Civ., n. 11831 del 2003; Cass. Civ., n. 5456 del 2003; Cass. Civ., n. 3650 del 2003; Cass. Civ., n. 819 del 2003; Cass. Civ., n. 3330 del 2002; Cass. Civ., n. 1503 del 2001; Cass. Civ., n. 14659 del 2000; Cass. Civ., n. 1139 del 2000; Cass. Civ., n. 10496 del 1999; Cass. Civ., n. 6454 del 1996; Cass. Civ., n. 9288 del 1995; Cass. Civ., n. 7061 del 1995; Cass. Civ., n. 4225 del 1995; Cass. Civ., n. 12082 del 1992; Cass. Civ., n. 5238 del 1992; Cass. Civ., n. 8000 del 1990; Cass. Civ., n. 4520 del 1988; Cass. Civ., n. 6278 del 1984; Cass. Civ., n. 5490 del 1984; Cass. Civ., n. 2795 del 1983; Cass. Civ., n. 6454 del 1982; Cass. Civ., n. 451 del 1981; Cass. Civ., n. 2391 del 1980; Cass. Civ., n. 4188 del 1979; Cass. Civ., n. 4720 del 1977; Cass. Civ., n. 723 del 1975; Cass. Civ., n. 1134 del 1974. Distinta da ciò l'ipotesi in cui il giudice utilizzi l'ordinanza per decidere una questione pregiudiziale di rito o preliminare di merito, in quanto atteso che per determinare la natura di un provvedimento giudiziale occorre verificarne il suo contenuto, il provvedimento con il quale decide su eccezioni pregiudiziali con disposizioni per la prosecuzione del giudizio, ancorché qualificato ordinanza, va considerato come una sentenza non definitiva, stante il carattere della questione decisa. Ne consegue che la statuizione contenuta in dette ordinanze, cui va attribuito il carattere sostanziale di sentenza, non potrà essere in alcun modo revocata o modificata dalla successiva sentenza definitiva resa all'esito del giudizio, per previo esaurimento del potere giurisdizionale – *in parte qua* – sulla controversia (in questo senso, *ex multis*, Cass. Civ., 19 dicembre 2014, n. 27127; Cass. Civ., 23 maggio 2003, n. 8190; Cass. Civ., n. 5860 del 1999; Cass. Civ., n. 2864 del 1998; Cass. Civ., n. 4520 del 1988).

(89) JANNUZZI A., *Revoca e impugnazione delle ordinanze collegiali nella riforma del processo civile*, cit., 256 ss.; SATTA S., *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1951, p. 21 ss. Ad ogni modo, per TARZIA G., *Profili*, cit., p. 173, il riferimento alla prosecuzione del giudizio contenuto nella disposizione è irrilevante: infatti, posto che l'ordinanza è inidonea a definire il giudizio in quanto «*tanquam non essent*», ad essa appunto conseguirà sempre la prosecuzione dello stesso. Sotto questa ottica visuale, poi, si può inscrivere l'impostazione di ANDRIOLI V., *sub art. 279*, in *Commento al codice di procedura civile*, II, cit., 1956, il quale limita la portata di questa disposizione solo a ciò che espressamente disciplina (ordinanza che invero decide su questione pregiudiziale o preliminare, non definendo il giudizio), in quanto dettata «*contra rationem iuris*». In particolare essa è *lex specialis*, in quanto deroga alla regola generale dell'art. 131, co. 1, c.p.c., per cui l'errore del giudice nella scelta della forma del provvedimento rileva come vizio di validità del provvedimento stesso, oltre che influenzarne il regime di impugnazione; viceversa, l'art. 279 c.p.c. si schierebbe a favore dell'irrelevanza della fattispecie concreta. Successivamente, ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 484, ha ritenuto che le ragioni della prevalenza della sostanza sulla forma espresse dalla giurisprudenza, con la finalità di rendere revocabile e modificabile un provvedimento con forma di sentenza che decida meramente su istanze istruttorie, siano contrastanti con la regola dell'assorbimento dell'invalidazione nell'impugnazione di cui all'art. 161, co. 1, c.p.c.; violazione che sopravvive e sovrasta quella dell'art. 279, co. 2, c.p.c.; motivo per cui, in queste evenienze, secondo l'A. la sentenza deve essere appellata.

Secondo l'impostazione di Tarzia, l'ulteriore riprova di quanto sostenuto, perlomeno nell'ambito del processo ordinario di cognizione, discende dall'analisi del provvedimento inteso quale esercizio di una situazione giuridica soggettiva che l'ordinamento attribuisce al giudice (90).

Preliminare a questo scopo, peraltro, è una ricognizione sulle tipologie di situazioni giuridiche soggettive valutate dall'ordinamento, ed in particolare sul binomio potere/dovere. Più distesamente, la situazione di dovere, prevista da norme c.d. statiche, consiste in una valutazione in termini di mera liceità della condotta; mentre il potere, previsto da norme dinamiche o sulla produzione giuridica, prende in considerazione l'atto come comportamento produttivo di effetti giuridici (91).

Ciò premesso, in adesione ad una ricostruzione in precedenza espressa da Andrioli, Tarzia sostiene che, come in un rapporto di causa ad effetto, è la struttura formale dell'atto a rivelare la natura del potere esercitato (92).

(90) TARZIA G., *Profili*, cit., p. 142 ss. In effetti, come visto, Tarzia adotta una diversa impostazione per quanto concerne l'individuazione dei provvedimenti emanati nei procedimenti speciali.

(91) Per una bibliografia essenziale di riferimento sui concetti di diritto sostanziale presupposti nel testo si rinvia alle opere manualistiche di CARINGELLA F. – BUFFONI L., *Manuale di diritto civile*, 6^a ed., Roma, 2016; GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, 17^a ed., Napoli, 2015; TORRENTE A. – SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, 22^a ed., a cura di ANELLI F. – GRANELLI C., Milano, 2015; Perlingieri P., *Manuale di diritto civile*, 7^a ed., Napoli – Roma, 2014; ALPA G., *Manuale di diritto privato*, 8^a ed., Padova, 2013.

(92) ANDRIOLI V., *Commentario*, I, cit., il quale associa questa discrasia fra potere effettivamente esercitato e potere da doversi esercitare alla eterogenea categoria dell'eccesso di potere. Peraltro, in questa sede sembra opportuno effettuare una ricognizione sul vasto tema dell'eccesso di potere, confrontando le principali ricostruzioni del fenomeno avutesi in dottrina. Innanzitutto, per CARNELUTTI F., *Eccesso di potere*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1924, p. 33 ss., l'eccesso di potere giurisdizionale si risolve in ogni caso di direzionamento del potere giudiziario per conseguire fini non giudiziari, come ad esempio quello rivolto alla costituzione del diritto obiettivo o all'esercizio del diritto subiettivo. Per D'AMELIO M. – AZARA A., voce *Eccesso di potere*, in *N.ssimio Dig. It.*, VI, Torino, 1960, p. 345, l'eccesso di potere si realizza tecnicamente mediante l'esercizio, da parte del giudice, di una potestà riservata dalla legge ad organi legislativi o amministrativi, ovvero non consentita ai pubblici poteri. Per MANDRIOLI C., *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano, 1953, p. 122 ss., l'eccesso di potere può riguardare solo i casi in cui al giudice siano riservati poteri discrezionali; esso concerne ogni violazione di norme sui presupposti – generali o speciali – nonché sui limiti – soggettivi ed oggettivi – del potere. Per MONTESANO L., *Legge incostituzionale, processo e responsabilità*, cit., p. 148 ss., l'eccesso di potere si ha nei casi di difetto di giurisdizione, statuizione in materia riservata alla P. A., ovvero incompetenza del giudice adito. Più articolata, infine, la posizione di DENTI V., *In tema di provvedimenti giudiziari abnormi*, cit., p. 532 ss., il quale come già osservato in precedenza (cfr. *retro* Cap. II, pp. 68 – 69) distingue fra le ipotesi di difetto di potere, ovvero quando il giudice pone in essere precetti normativi; eccesso potere, ovvero quando si pronuncia in materia attribuita alla P. A.; nonché difetto funzionale, ovvero quando vi è usurpazione dei poteri ripartiti fra i vari organi giurisdizionali procedenti (ad esempio, il caso del giudice istruttore che decide nel merito la controversia al posto del giudice collegiale). Inoltre, ferme restando queste schematiche, secondo l'impostazione fornita da questo medesimo A., risulterebbe ulteriore spazio per collocare fra le ipotesi di vizio di potere anche il c.d. sviamento di potere giurisdizionale, posto in essere nei casi di emanazione di provvedimento abnorme, ove si assisterebbe ad una discrasia fra funzione astratta dell'istituto e fine concreto perseguito.

Stando a questa visuale, quindi, ogni provvedimento che abbia effettivamente assunto lo specifico contenuto dell'art. 132 c.p.c. costituisce sentenza impugnabile ex art. 323 c.p.c., restando irrilevante ogni riferimento al procedimento sottostante, ovvero alla materia trattata (93).

Da ciò deriva che qualunque provvedimento avente forma di sentenza è idoneo al passaggio in giudicato in base al successivo art. 324 c.p.c. qualora non venga impugnato nei termini (94); di contro, l'ordinanza non potrà mai costituire accertamento sull'oggetto della controversia.

Da questa impostazione differisce Garbagnati, il quale esclude che ogni sentenza emanata possa divenire irrevocabile esclusivamente in quanto avente forma di sentenza; infatti, non può dirsi esistente un c.d. potere di sentenza o di ordinanza (95): sussiste, semmai, un potere decisorio in capo al giudice, che qualora venga manifestato mediante un modulo – qual è l'ordinanza – diverso rispetto a quello richiesto dall'art. 279, co. 2, c.p.c., risulta esercitato in forma diversa da quella prescritta per legge.

Tali conclusioni sono in linea con la diversa lettura che Garbagnati fornisce dell'art. 323 c.p.c., il quale esprimerebbe la precisa volontà di rendere appellabile non già la sentenza in quanto tale, bensì ogni provvedimento decisorio emanato nel corso del procedimento ordinario di cognizione, a prescindere dalla forma in concreto assunta (96).

Peraltro, questa visione è in grado di spiegare il perché delle difficoltà riscontrate da Tarzia nel giustificare l'applicazione del principio della prevalenza del provvedimento effettivamente emanato alle logiche dei procedimenti speciali; ivi,

(93) Ciò troverebbe conferma nel principio c.d. di autosufficienza della decisione giudiziaria, su cui in particolare CORDERO F., *Riflessioni in tema di nullità assolute*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1958, p. 238. A base della teoria si pone il postulato che la sentenza costituisce la fattispecie esclusiva dei suoi effetti, rilevando ai fini del passaggio in giudicato formale solo l'esercizio del potere consistente nella sua emanazione, non già il fatto che, in tesi, essa sia stata emanata in violazione di pregressi doveri procedurali.

(94) Art. 323 c.p.c.: «i mezzi per impugnare le sentenze, oltre al regolamento di competenza nei casi previsti dalla legge, sono: l'appello, il ricorso per cassazione, la revocazione e l'opposizione di terzo». Così recita il successivo art. 324 c.p.c.: «s'intende passata in giudicato la sentenza che non è più soggetta né a regolamento di competenza né ad appello, né a ricorso per cassazione, né a revocazione per i motivi di cui ai numeri 4 e 5 dell'art. 395».

(95) Nello specifico GARBAGNATI E., *Recensione a G. Tarzia, Profili della sentenza civile impugnabile*, cit., *passim*. In tale direzione già DENTI V., voce *Poteri del giudice*, in *N.ssimi Dig. It.*, XIII, Torino, 1957, p. 490.

(96) Volendo sintetizzare il dibattito in via pragmatica, mentre per Tarzia la sentenza che ammette un mezzo istruttorio è idonea a passare in giudicato, per Garbagnati resta comunque soggetta a modifica o revoca. Sul punto v. anche le considerazioni di CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 285.

infatti, stante l'inoperatività dell'art. 279, co. 4, c.p.c., l'Autore ha finito per identificare il provvedimento avuto riguardo alla specifica valenza sostanziale del precetto (97).

5. Il c.d. principio dell'apparenza.

Come si è avuto modo di accennare in precedenza (98), sussistono casi in cui il vizio risiede nell'errata qualificazione dell'azione proposta o del tipo di tutela richiesta dalle parti (99); tipica è l'alternativa fra l'opposizione all'esecuzione, ovvero agli atti esecutivi. Anche in tali evenienze non cambia la problematica di fondo, in quanto la parte avrà a disposizione due possibilità: impugnare o meno la sentenza in base al rimedio ricavabile dalla dichiarazione erronea fornita dal giudice (100).

La regola prescelta dalla giurisprudenza per risolvere questi specifici casi consiste, a dispetto di quanto osservato in precedenza (101), nel concedere rilevanza giuridica alla qualificazione del provvedimento operata dal giudice a prescindere dalla sua esattezza: trattasi del principio c.d. dell'apparenza (102).

(97) Ancora TARZIA G., op. cit., p. 138: «*se si estende l'indagine al di fuori dell'hortus del processo dichiarativo ordinario, si nota facilmente che il sistema dei rimedi contro i provvedimenti di forma diversa, lungi dall'essere organizzato sul mero fondamento del loro modulo formale, rispecchia parimenti la struttura del procedimento pregresso, o quanto meno quella della tutela erogata*».

(98) Sul punto cfr. infatti quanto evidenziato *retro* Cap. II, p. 81.

(99) Come efficacemente posto in evidenza da PUNZI C., *Il processo civile*, cit., p. 358, un conto è che il giudice «*emetta, per errore, un provvedimento diverso da quello prescritto dalla legge per l'ipotesi considerata*»; situazione diversa è invece quella in cui «*il mezzo di impugnazione esperibile, o comunque il regime di impugnazione, non sono condizionati dalla forma del provvedimento, trattandosi in ogni caso di sentenze, ma da un profilo, per così dire, intrinseco del provvedimento stesso o dal tipo di tutela richiesta*». Nel primo caso la giurisprudenza fa costante applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma; nel secondo, del c.d. principio dell'apparenza.

(100) Esprime scetticismo nei confronti di entrambe le alternative ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, cit., p. 487, propendendo per l'ammissibilità dell'istituto dell'errore scusabile. Le critiche sono così esposte dall'A.: «*invero, o il giudice dell'impugnazione reputa errata la definizione del giudice a quo ed allora non può non dichiarare inammissibile la impugnazione, che a quella definizione si era agganciata; o il giudice, pur ritenendo errata quella definizione, ne trae conseguenza non sulla ammissibilità della impugnazione, ma soltanto sul merito, ed allora il dicere ius del giudice a quo non desta minori preoccupazioni perché la sua definizione attribuisce la impugnazione ad un giudice, che la reputa errata, arrecando offesa al principio della tassatività delle impugnazioni*».

(101) Il riferimento è chiaramente all'elaborazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma ai fini dell'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile avverso il provvedimento anomalo o abnorme.

(102) La circostanza è così riassunta da TARZIA G. – FONTANA G. L., voce *Sentenza*, cit., p. 9: «*il problema della qualificazione della sentenza, come provvedimento (ad es.: sentenza di primo grado o sentenza d'appello) o per il tramite della questione (ad es.: competenza o merito) o della causa che ne è oggetto (ad es.: opposizione all'esecuzione od opposizione agli atti esecutivi; ma si pensi anche al valore della causa) si ripresenta, sotto molteplici aspetti, per la determinazione del regime delle impugnazioni. L'orientamento prevalente è nel senso che la qualificazione, operata dal giudice a quo, non vincoli il*

Peraltro, alle medesime conclusioni della giurisprudenza si giunge seguendo l'impostazione proposta da Tarzia, idonea ad essere applicata in via generale ad ogni ipotesi di impugnazione oggettiva del provvedimento emanato (103).

Viceversa, la restante parte di dottrina, ove non si sia limitata a recepire gli insegnamenti della Suprema Corte, sembra essersi disinteressata all'analisi del fenomeno (104).

Orbene, in ragione dell'importanza che tale elaborazione giurisprudenziale assume nell'ambito del sistema processuale civile, in quanto lessicalmente ancorata ai generali principi di certezza ed affidamento incolpevole della parte, prima di avanzare nell'analisi, si ritiene opportuno illustrare sinteticamente la genesi del principio dell'apparenza sul piano del diritto sostanziale.

5.1. La genesi del principio dell'apparenza nel diritto sostanziale.

La teoria dell'apparenza o dell'affidamento (105) trova origine nel diritto sostanziale (106), in quanto, nell'era moderna dello sviluppo, degli scambi giuridici e

giudice ad quem, salvo che l'impugnazione ammissibile si individua sulla base della qualificazione dell'azione, contenuta nella sentenza impugnata».

(103) Cfr. le premesse poste da TARZIA G., *Profili*, cit., p. 7.

(104) Nello specifico, il tema non risulta – ad esempio – essere stato oggetto di esame da parte di Garbagnati.

(105) A sostegno del principio PERRECA M., *Spunti sull'apparenza giuridica*, Cagliari, 2005; SACCO R. – DE NOVA G., *La dichiarazione apparente*, in *Il contratto*, Torino, 2004, p. 123 ss.; CASSANO G., *L'apparenza del diritto fra dottrina e giurisprudenza: i principi*, in *Contratti*, 2002, p. 1169; RANJERI E., *Il principio dell'apparenza giuridica*, Trento, 2002, nonché in passato ID., *Il principio dell'apparenza giuridica*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1997, p. 169 ss.; PIETROBON V., voce *Affidamento*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988, p. 1 ss.; BESSONE M. – DI PAOLO M., voce *Apparenza*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988, p. 1 ss.; MOSCHELLA R., *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973, il quale – è da rilevare – accoglie il principio fornendone una lettura limitativa, sul presupposto che «teoria dell'affidamento legittimo non significa tanto teoria dell'affidamento scusabile come usualmente si ritiene, quanto piuttosto teoria dell'affidamento autorizzato dalla legge (*secundum legem*)» (p. 47); FALZEA A., voce *Apparenza*, ora in *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1970, p. 39 ss., nonché ID., *Voci di teoria generale del diritto: accertamento, apparenza...*, 2^a ed., Milano, 1978; LUONGO M., *Brevi appunti in tema di apparenza del diritto*, in *Dir. e Giur.*, 1971, p. 374; VISCO A., *L'efficacia giuridica dell'apparenza del diritto*, in *Nuovo Dir.*, 1969, p. 727 ss.; SACCO R., voce *Affidamento*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 661 ss.; MICCIO R., *Appunti sui limiti di apparenza del diritto*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1950, II, p. 310 ss.; D'AMELIO M., voce *Apparenza del diritto*, in *N.vo Dig. It.*, I, Torino, 1939, p. 550 ss., ora in *N.ssimio Dig. It.*, I, Torino, 1957, p. 714 ss.; SOTGIA S., *Ancora in tema d'apparenza del diritto*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1936, p. 122 ss.; nonché in passato ID., *Apparenza giuridica e dichiarazioni alla generalità*, Roma, 1930; fra i c.d. avanguardisti della teoria meritano attenzione i contributi di FINZI E., *Il possesso dei diritti*, cit., nonché VENEZIAN G., *La tutela dell'aspettativa*, Bologna, 1900, ora in *Opere giuridiche*, II, Roma, 1920, p. 161 ss. In senso velatamente critico nei confronti del principio v. BOLAFFI R., *Le teorie sull'apparenza giuridica*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1934, p. 148 ss. Viceversa, hanno espresso forti riserve avverso la tutela della situazione apparente STOLFI G., *L'apparenza del diritto: prolusione al corso di diritto civile nella R.*

del commercio, è sorta l'esigenza di tutelare in maniera rafforzata i terzi, a discapito dei diritti preesistenti e delle situazioni giuridiche precostituite fra altri soggetti (107).

Mentre in Germania, ove si è avuto il principale sviluppo del concetto (108), l'apparenza viene ricondotta al fenomeno del formalismo giuridico (109), stando al quale l'atto compiuto dal terzo con un soggetto non titolare del diritto resta efficace purché sussista un titolo formale di investitura, viceversa, in Italia, l'assimilazione dell'istituto muove da una diversa ottica, da identificarsi nell'erroneo convincimento di fatto circa la portata giuridica di una determinata realtà, oggettivamente idonea a trarre in inganno il terzo (110).

Università di Modena letta il 23 novembre 1933, Modena, 1934; VERGA A., *Osservazioni in tema di apparenza*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1940, p. 195 ss.; nonché SEGNI A., *Considerazioni in tema di erede apparente*, in *Foro It.*, 1935, I, p. 104, il quale reputa tale concetto indebitamente contrastante con il superiore principio espresso col brocardo latino «*nemo pluris juris ad alium transferre potes quam ipse haberet*» (D. 50, 17, 54). Ad ogni modo, preme rilevare come tali ultime impostazioni siano nel tempo rimaste del tutto recessive.

(106) Per un'applicazione della teoria sull'apparenza giuridica al piano del diritto processuale, nello specifico alle logiche della cosa giudicata in riferimento alla valenza di accertamento dell'erede apparente nei confronti dei suoi successori – sebbene, ed è fondamentale chiarirlo, ciò sia avvenuto prima dell'entrata in vigore dei principi costituzionali in tema di contraddittorio e di giusto processo, v. ALLORIO E., *Processo e apparenza giuridica*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1940, p. 69; ID., *Apparenza giuridica e cosa giudicata*, in *Giur. It.*, 1938, I, 2, p. 293.

(107) Secondo la definizione adottata da MESSINEO F., *I titoli di credito*, I, 2^a ed., Padova, 1933, p. 27, il principio dell'apparenza tutela «una situazione per cui chi ha fatto ragionevolmente affidamento su una data manifestazione giuridica e si è comportato in coerenza a tale manifestazione, ha diritto di contare su di essa indipendentemente dal fatto che alla manifestazione corrisponda la realtà».

(108) La matrice della teoria può rinvenirsi negli studi avutisi in Germania all'inizio del '900, ad opera degli A. pandettisti. Per una bibliografia essenziale di riferimento si rinvia a FALZEA A., voce *Apparenza*, cit., p. 40, nota 1; BOLAFFI R., *Le teorie sull'apparenza giuridica*, cit., 149.

(109) Per FALZEA A., voce *Apparenza*, cit., pp. 43 – 44, «in ogni ipotesi il presupposto della tutela del terzo sta in ciò, che l'affidamento sia giustificato da un titolo formale, al quale, infine, fa capo l'apparenza del diritto: questa, pertanto, indica null'altro che l'operare dei fenomeni formali – per ragioni di affidamento – anche quando la situazione giuridica da essi formalmente assunta non esista nella realtà. In questa concezione, dunque, l'idea di apparenza non solo si ritiene compatibile, ma anzi è collegata essenzialmente con l'idea di formalismo, tanto che anche il possesso è configurato come titolo formale d'investitura ...[con]... un limite soltanto negativo, quando concorra un suo intendimento doloso o uno stato di mala fede». Ed in effetti, per la dottrina dominante tedesca, espressa da WELLSPACHER B. M., *Das Vertrauen auf aussere Tatbestände im bürgerl. Recht*, Wien, 1906, p. 115, «chi agisce negoziabilmente affidandosi ad un fatto esteriore, che in forza della legge o dell'opinione della circolazione, rappresenta la forma di apparizione di un determinato diritto, rapporto giuridico od altro momento giuridicamente rilevante, è protetto nel suo affidamento, se quel fatto avviene per un facere di colui, al quale la protezione dell'affidamento risulta pregiudizievole» (passo tradotto e riportato da MOSCHELLA R., *Contributo*, cit., p. 39).

(110) Pressoché testualmente FALZEA A., voce *Apparenza*, cit., p. 45, il quale rileva la traslazione del concetto sul piano della realtà sostanziale. V. anche D'AMELIO M., voce *Apparenza del diritto*, in *N. ssimo Dig. It.*, cit., p. 714: «nel mondo giuridico lo stato di fatto non sempre corrisponde allo stato di diritto; ma lo stato di fatto, spesse volte, e per considerazioni d'ordine diverso, merita lo stesso rispetto dello stato di diritto e, in determinate condizioni e in riguardo a determinate persone, genera conseguenze non differenti da quelle che deriverebbero dal corrispondente stato di diritto». Peraltro, non sono mancati A. che hanno ravvisato nella logica, ancor prima che sul piano giuridico, la legittimazione di un tale principio: ad esempio CARNELUTTI F., *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, p. 62,

Più nello specifico, dunque, si assiste ad un legame di causa ad effetto fra la situazione oggettiva di apparenza e l'elemento soggettivo dell'errore, che diventa incolpevole (111); legame che risulta idoneo, nel suo complesso, a giustificare la portata della disciplina giuridica appositamente ricavata per tali ipotesi, ovvero nel senso della prevalenza della situazione giuridica del terzo di buona fede (112).

Ne sono esempi concreti, in quanto positivizzati espressamente dal legislatore, le convenzioni onerose stipulate con l'erede apparente *ex art. 534, co. 2, c.c.*, il pagamento effettuato al creditore apparente *ex art. 1189, co. 1, c.c.*, nonché l'inopponibilità della simulazione per gli atti di acquisto o di esecuzione *ex artt. 1415 e 1416 c.c.* (113), in

è dell'avviso che non si può ubbidire ad un comando se non lo si conosce, con la conseguenza che «non può quindi rispettarsi un diritto altrui se non se ne ha conoscenza».

(111) Così ancora FALZEA A., voce *Apparenza*, cit., p. 47; MOSCHELLA R., *Contributo*, cit. p. 64 ss. Su di un distinto piano (ed in aderenza alle teorizzazioni proprie degli A. francesi) MONACCANI L., *Azione e legittimazione*, Milano, 1951, p. 138 ss., riconduce tali fattispecie a quelle dell'«errore collettivo possibile»; sulla medesima linea interpretativa si pone anche PUGLIATTI S., *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU A. – MESSINEO F., Milano, 1957, p. 254, il quale, inoltre, partendo proprio da quest'ultimo rilievo, arriva a sostenere un'irriducibile contrapposizione fra apparenza e buona fede, in quanto quest'ultima appartiene esclusivamente alla sfera del singolo. Ad ogni modo, si conviene sul fatto che l'errore incolpevole del terzo di buona fede non debba essere confuso con le vicende del c.d. *error communis*, in quanto differiscono nelle due fattispecie i piani di indagine: mentre nel primo è oggettivo/deduttivo, nel secondo è soggettivo/induttivo (per riflessioni di tenore sostanzialmente analogo D'AMELIO M., op. ult. cit., p. 716). Infine, cfr. SOTGIA S., *Ancora in tema*, cit., p. 138, per il quale il principio dell'apparenza non va confuso con quello di buona fede, dovendosi il primo ricondurre «all'idea della dichiarazione alla generalità», avendo il legislatore concesso una particolare protezione ai terzi di fronte alla situazione giuridica originata dalle dichiarazioni dirette alla generalità del pubblico ed avente per scopo finale la costituzione o modificazione di una preesistente situazione giuridica; dunque, «per effetto di queste singolari dichiarazioni, sottratte ai comuni mezzi di impugnativa per i vizi eventualmente inficianti la dichiarazione stessa, si costituisce un fatto giuridico esteriore, uno specifico stato giuridico improntato a caratteristiche singolari, fra le quali predominante quella del potere di incidere sull'interesse del pubblico» (p. 137).

(112) Cfr. D'AMELIO M., voce *Apparenza del diritto*, in *N.vo Dig. It.*, cit., p. 553.

(113) Per una rassegna delle ipotesi previste nel codice civile v. MOSCHELLA R., *Contributo*, cit. p. 99 ss. Volendo peraltro approfondire specificamente i singoli istituti, v. rispettivamente, per l'erede apparente BARGELLI E. – BUSNELLI D., *L'erede apparente*, Pisa, 2000; GALLI G., *Il problema dell'erede apparente*, Milano, 1971; SANTORO G., *Appunti sulla teoria dell'erede apparente*, Grottaferrata, 1922; per il creditore apparente GIORGIANNI M., *Creditore apparente*, Torino, 1959; LORDI L., *Pagamento al creditore apparente: falso nell'identificazione del creditore*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1942, p. 242; BRUGI B., *Pagamento al creditore apparente*, Milano, 1915; per l'efficacia della simulazione MONTECCHIARI T., *La simulazione del contratto*, Milano, 1990; NUTI G. A., *La simulazione del contratto nel sistema del diritto civile*, Milano, 1986, nonché in senso critico STOLFI G., *Simulazione e conflitto fra terzi acquirenti*, Milano, 1935. Si segnalano inoltre altre due ipotesi espressamente richiamate dal legislatore, nelle quali si offre protezione a coloro che abbiano confidato in una realtà giuridica apparente: l'istituto del matrimonio davanti a colui che appare ufficiale dello stato civile *ex art. 113 c.c.*, nonché quello dell'efficacia delle annotazioni sul libretto di deposito ad opera di colui che appare addetto al servizio *ex art. 1835 c.c.* Infine, vi sono ulteriori fattispecie in cui, nonostante il mancato richiamo al principio dell'apparenza, il codice civile utilizza il rimedio della non opponibilità al terzo come strumento per ottenere una finalità di tutela del terzo di buona fede: il riferimento è all'art. 1396, co. 1, c.c., secondo cui la modificazione e la revoca della procura, che non siano portate a conoscenza dei terzi con mezzi idonei, non sono opponibili ai terzi, salvo che si provi la previa conoscenza di quest'ultimi della conclusione del contratto; nonché all'art. 1396, co. 2, c.c., per cui le altre cause di estinzione del potere rappresentativo non possono essere opposte

ognuno dei quali la legge considera il falso convincimento del terzo, causato da una circostanza oggettivamente idonea ad ingannare qualsiasi persona di normale diligenza ed accortezza, come una situazione di errore scusabile (114).

Ciò precisato, le più accese dispute in materia hanno riguardato la seguente questione: se il principio dell'apparenza debba confinarsi entro le ipotesi specificamente disciplinate (115), oppure sia espressione di un principio generale dell'ordinamento giuridico, come tale applicabile in via analogica ad ulteriori fattispecie (116).

La soluzione positiva al quesito, peraltro, assumerebbe notevole rilevanza sul piano pratico, in quanto si legittimerebbe l'operatività dell'istituto anche quando il

ai terzi che le abbiano incolpevolmente ignorate; inoltre, all'art. 1729 c.c., che prevede la validità nei confronti del mandante o dei suoi eredi degli atti compiuti dal mandatario prima di conoscere l'estinzione del mandato; infine, nella legislazione speciale, agli artt. 11 R.D. 1669/1933, e 14 R.D. 1736/1933, a mente dei quali, rispettivamente in materia di cambiale e assegno bancario, chi appone la firma quale rappresentante di una persona per la quale non ha il potere di agire, è obbligato come se avesse firmato in proprio e, se ha pagato, ha gli stessi diritti che avrebbe avuto il rappresentato. In argomento cfr. ALBAMONTE A., *Facciamo il punto in tema di apparenza del diritto*, in *Nuovo Dir.* 1972, p. 809 ss.

(114) Oltre che dalla dottrina più accreditata (FALZEA A., *Voci*, cit., p. 74; REDENTI E., *Dei contratti nella pratica commerciale*, Padova, 1931, p. 1486), la riconducibilità dell'errore scusabile nel fenomeno dell'apparenza è stata effettuata dalla giurisprudenza già in epoca passata, fra le quali v. Cass. Civ., 10 ottobre 1957, n. 3706, in *Mass. Giust. Civ.*, 1957, p. 1391; Cass. Civ., 31 dicembre 1955, n. 3962, in *Rep. Giust. Civ.*, 1955, n. 39; Cass. Civ., 12 aprile 1954, n. 1151, in *Rep. Foro It.*, 1954, voce *Obbligazioni contrattuali*, n. 50, e si è mantenuta inalterata fino alle pronunce più recenti, fra cui Cass. Civ., 5 aprile 2016, n. 6563, in *Mass. Giust. Civ.*, 2016; Cass. Civ., 29 agosto 2014, n. 18452, in *Mass. Giust. Civ.*, 2014; Cass. Civ., 11 settembre 2013, n. 20847, in *Guida Dir.*, 2013, p. 48. Ad ogni modo, per una nutrita rassegna di pronunce sul tema si rinvia al recente contributo di IMARISIO N., *L'apparenza del diritto: profili pratici ed applicazioni giurisprudenziali*, Milano, 2015.

(115) Volendo limitare l'analisi ad una fattispecie assai discussa in dottrina, si pensi alle possibili conseguenze, sotto il piano della tutela del terzo, dell'attività giuridica svolta da un soggetto in nome e per conto di un altro, senza il conferimento di apposita procura o di ratifica successiva. Sul tema DE LAZZARI E., *La rappresentanza apparente*, in *Foro Pad.*, 2014, p. 462; CASSANO G., *L'apparenza del diritto fra dottrina e giurisprudenza: la rappresentanza apparente*, in *Contratti*, 2003, p. 72; DI GREGORIO V., *La rappresentanza apparente*, Padova, 1996; MINUSSI D., *Un singolare orientamento della Cassazione sull'apparenza colposa*, in *Corr. Giur.*, 1993, p. 831. Anche se, in questa materia, si discute principalmente sulla portata quantitativa del principio dell'apparenza, e cioè se esso comporti soltanto la possibilità di ottenere un risarcimento danni *ex art.* 1398 c.c. nei confronti del *falsus procurator*, ovvero se la tutela possa essere estesa fino al punto di ottenere il mantenimento della situazione giuridica apparentemente acquisita.

(116) Nel primo senso, fra gli altri, FALZEA A., *Voci di teoria generale*, cit., p. 42 ss.; D'AMELIO M., voce *Apparenza*, op. ult. cit., p. 715; RANJERI E., *Il principio dell'apparenza*, cit., p. 311. Nel secondo senso, ad esempio, GASPERONI I. N., *Apparenza del diritto e fenomeno rappresentativo nel contratto di assicurazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1986, I, p. 623; FRANCESCHELLI M., *In tema di società di fatto e di società apparente*, in *Giur. Comm.*, 1978, II, p. 165; COVIELLO N., *La rappresentanza dei non concepiti e la buona fede dei terzi*, in *Foro It.*, 1932, I, p. 1318. Non è peraltro mancata, in dottrina, l'elaborazione di una tesi che può essere definita come intermedia, per cui, a prescindere dalla valenza generale o meno del fenomeno, l'interprete è legittimato ad effettuarne un'applicazione analogica (così MOSCHELLA R., *Contributo*, cit., *passim*). Dal canto suo, la giurisprudenza maggioritaria ha più volte affermato la valenza generale del principio: *ex multis*, Cass. Civ., 22 luglio 2010, n. 17243, in *I Contratti*, 2011, p. 236; Cass. Civ., 29 aprile 2010, n. 297; Cass. Civ., 8 aprile 2002, n. 5035, in *Foro It.*, 2002, I, p. 1670; Cass. Civ., 17 maggio 2001, n. 6756, in *Giust. Civ.*, I, 2002, p. 1633; Cass. Civ., 29 aprile 1999, n. 4299, in *Corr. Giur.*, 1999.

legislatore non abbia fornito le soluzioni da adottare nei casi di errore incolpevole del terzo sulla reale portata giuridica di una determinata situazione.

Sotto questo punto di vista, sembra doversi condividere l'impostazione di chi, ravvisando nel principio dell'apparenza una forma di tutela della circolazione dei diritti e della celerità dei traffici giuridici, nonché dell'affidamento incolpevole dei terzi, attribuisce allo stesso valenza generale, in quanto espressione delle istanze provenienti dal mondo della società e della cultura giuridica (117).

Muovendo da tali considerazioni, inoltre, è stato in dottrina affermato che l'applicazione del principio dell'apparenza, per la sua evidente legittimazione ed utilità, non avrebbe dovuto limitarsi al «*puro diritto privato*», bensì permeare la «*sfera complessiva dell'ordinamento giuridico positivo considerato nelle sue diverse branche*» (118).

5.2. Verso una declinazione processuale del principio dell'apparenza.

Volendosi ricollegare con quanto appena affermato nel precedente paragrafo, nel tempo, la radicazione crescente del principio dell'apparenza e dell'affidamento incolpevole ne ha comportato l'estensione in altri settori dell'ordinamento (119); per ciò

(117) In particolare FALZEA A., *Voci di teoria generale*, cit., *passim*; D'AMELIO M., voce *Apparenza*, op. ult. cit., p. 716, per il quale «*quando l'apparenza del diritto è ragionevole, deve permettersi ai terzi di considerarla come corrispondente alla realtà per non creare sorprese alla buona fede nelle contrattazioni; per non obbligare i terzi ad un accertamento preventivo della realtà di quanto appare evidente, con intralcio gravissimo della vita degli affari; per non rendere più lenta e faticosa e costosa l'attività giuridica in un momento storico dove tutto esige speditezza e sicurezza nella formazione dei rapporti giuridici e sociali*».

(118) Così SOTGIA S., *Apparenza giuridica*, cit., p. 325. Secondo l'interessante ricostruzione dogmatica dell'A., il fenomeno dell'apparenza giuridica sarebbe interconnesso con l'istituto della dichiarazione alla generalità. Peraltro, l'A. arriva a tali conclusioni dopo aver sottoposto a critica le impostazioni dottrinali che riducevano il campo di applicazione dell'apparenza ai casi in cui era possibile affermare la prevalenza della dichiarazione sulla volontà.

(119) Non è certo questa la sede per affrontare tali tematiche. Ad ogni modo, volendo fornire dei cenni con specifico riferimento alla materia del diritto penale, una declinazione del principio dell'apparenza, inteso quale affidamento incolpevole del soggetto agente, ha trovato spazio – in via giurisprudenziale – per giustificare la dichiarazione di non colpevolezza nei casi di errore sul precetto della legge penale (arg. ex art. 5 c.p.), quando esso sia determinato da circostanze oggettive (cfr. Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364; in dottrina FIANDACA G. – MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, 5^a ed., Torino, 2012, p. 402 ss.). Si pensi inoltre alla rilevanza – sempre sotto il profilo dell'esclusione della colpevolezza – del principio dell'affidamento nella determinazione della condotta dell'agente, nel caso di reati in materia di attività pericolose, quando egli, lavorando insieme ad una pluralità di persone, confidi che il comportamento degli altri sia conforme alle regole di diligenza, prudenza e perizia (così MARINUCCI G. – DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, 3^a ed., Milano, 2009, p. 304). In

che interessa ai fini della presente trattazione, la trasmigrazione è avvenuta nelle logiche del diritto processuale (120).

Ad ogni modo, in via preliminare rispetto all'analisi del fenomeno, è essenziale rimarcare le seguenti differenze, le quali verranno poi adeguatamente chiarite:

a) tale principio ha assunto una declinazione autonoma in materia processuale, essendo diversi il contesto strutturale nonché le finalità perseguite da questo ramo dell'ordinamento;

b) in conseguenza di ciò, la *ratio* del fenomeno risulta rimodulata, in quanto il principio di apparenza, da strumento a tutela dei soggetti che, confidando nell'esattezza della condotta altrui, siano stati indotti all'errore, diventa una regola giuridica da rispettare per evitare conseguenze pregiudizievoli per la parte.

Inoltre, sempre sul piano generale, può osservarsi come la giurisprudenza non abbia mai apertamente contrapposto questo principio a quello, sempre da essa creato, della prevalenza della sostanza sulla forma: infatti, i due rimedi sono stati per lo più descritti in termini di complementarità. Ed in effetti, come meglio si illustrerà nella sede opportuna, i due principi sono volti a dirimere questioni processuali del tutto eterogenee (121).

5.3. Il principio dell'apparenza nel diritto processuale civile.

Tutto ciò premesso, sembra opportuno descrivere il principio dell'apparenza ricavato dalla giurisprudenza ai fini dell'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile, prendendo come modello le vicende legate alle possibili opposizioni che il debitore può avanzare nel corso del processo esecutivo.

generale sul tema cfr. MANTOVANI M. O., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997.

(120) La dinamica applicativa del principio dell'apparenza è stata recepita anche nel campo del diritto processuale penale. In tema v. Cass. Pen., 3 gennaio 2015, n. 1321, la quale afferma che «*costituisce principio processuale che trova generale applicazione nell'ordinamento quello in forza del quale il potere di qualificazione da parte del giudice, in base al principio dell'apparenza, determina l'individuazione ad opera della parte dello strumento d'impugnazione esperibile avverso il provvedimento, e ciò al fine di escludere che la parte possa conoscere ex post, ad impugnazione avvenuta, quale era il mezzo d'impugnazione esperibile*» (conforme Cass. Pen., n. 3712 del 2011).

(121) Il coordinamento armonico fra il principio della prevalenza della sostanza sulla forma e quello dell'apparenza, dopo aver fornito un esauriente quadro di insieme mediante l'analisi della dottrina e della giurisprudenza sul tema, verrà effettuato *infra* Cap. IV, Sez. II, p. 287.

Innanzitutto, quando il debitore esecutato intende contestare «*il diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata*» (122), deve proporre opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. Viceversa, se le doglianze concernono la «*regolarità formale del titolo esecutivo e del precetto*», nonché della loro notificazione, ovvero i vizi dei «*singoli atti di esecuzione*» (123), l'opposizione esperibile è quella disciplinata dall'art. 617 c.p.c., da proporsi nel termine perentorio di 20 giorni dal compimento dei relativi atti.

La distinzione fra le due opposizioni può essere così ricostruita a livello generale: mentre l'opposizione all'esecuzione è funzionale alla chiusura del processo per carenza del diritto del creditore alla tutela esecutiva, per insussistenza del diritto da tutelare oppure per impignorabilità (assoluta o relativa) dei beni oggetto di esecuzione, con l'opposizione agli atti esecutivi il debitore si duole della legittimità di taluni atti del processo, dunque del *quomodo* dell'esecuzione (124).

Peraltro, in armonia con tali finalità, il legislatore ha previsto un autonomo regime giuridico delle decisioni emesse nei rispettivi procedimenti di opposizione: in particolare, solo la sentenza resa sull'opposizione all'esecuzione è appellabile; di contro, risulta inoppugnabile la sentenza in materia di opposizione agli atti esecutivi.

Orbene, gli originari dilemmi giurisprudenziali, avutisi cioè precedentemente all'emanazione della carta costituzionale (125), hanno interessato il problema della

(122) Così il testo dell'art. 615, co. 1, c.p.c. Peraltro, si distingue a seconda che l'esecuzione sia o meno iniziata; nel primo caso l'opposizione si introduce con atto di citazione (co. 1), nel secondo mediante ricorso al giudice dell'esecuzione designato (co. 2). Quest'ultimo *modus procedendi*, fra l'altro, è stato prescelto dal legislatore anche nelle ipotesi di contestazione sulla pignorabilità dei beni oggetto di esecuzione.

(123) Così il testo dell'art. 617, co. 1, c.p.c. Anche in questo caso, fermo restando il termine perentorio di 20 giorni per proporre opposizione dal giorno in cui l'atto è stato posto in essere, si distingue a seconda che l'esecuzione sia iniziata oppure no; nel primo caso l'opposizione si introduce con atto di citazione (co. 1), nel secondo mediante ricorso al giudice dell'esecuzione designato (co. 2).

(124) Sul tema cfr. GARBAGNATI E., voce *Opposizione all'esecuzione*, cit., 1965, p. 1068; ORIANI R., *L'opposizione agli atti esecutivi*, cit.; ID., voce *Opposizione all'esecuzione*, in *N.ssimi Dig. It.*, cit., p. 516; ID., voce *Opposizione all'esecuzione*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, cit., p. 627; MANDRIOLI C., voce *Opposizione all'esecuzione ed agli atti esecutivi*, cit., p. 431; VACCARELLA R., voce *Opposizione all'esecuzione*, cit., 1990, p. 1; ID., voce *Titolo esecutivo*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1990, p. 1; OLIVIERI R., *L'opposizione all'esecuzione*, p. 237; in argomento anche MASSARI A., voce *Titolo esecutivo*, in *N.ssimi Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, p. 379; FURNO C., *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*, Firenze, 1942; LIEBMAN E. T., *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione*, cit.

(125) Infatti, dal momento dell'approvazione dell'attuale codice di rito mediante R.D. 28 ottobre 1940, n. 1443, pubblicato in Gazz. Uff. del 28 ottobre 1940, n. 253, fino all'entrata in vigore della Costituzione in data 1° gennaio 1948, le sentenze o i provvedimenti espressamente qualificati come non impugnabili dal legislatore ordinario sono rimasti effettivamente incontestabili dalle parti.

qualificazione del tipo di opposizione avanzato dalla parte, in quanto determinante ai fini della possibilità di impugnare o meno la decisione.

Nello specifico, le pronunce di legittimità dell'epoca, nell'effettuare l'indagine sui criteri discretivi fra opposizione all'esecuzione ovvero agli atti esecutivi, hanno posto l'attenzione sulla natura sostanziale delle censure mosse dal debitore; di qui, l'ammissibilità dell'appello solo avverso decisioni – ovvero capi della decisione (126) – concernenti la contestazione dell'*an* della procedura (127).

Di contro, nelle decisioni edite nel primo lasso temporale di applicazione del codice, non emerge alcun riferimento alla qualificazione fornita dal giudice all'opposizione instaurata come fattore determinante per l'individuazione del regime giuridico della sentenza emessa.

Successivamente, con l'entrata in vigore della carta fondamentale, e con essa dell'art. 111 Cost. (128), la Suprema Corte ha iniziato in modo univoco ad affermare che la formale intangibilità della sentenza *ex art.* 617 c.p.c. non avrebbe impedito la sua impugnazione con ricorso straordinario per vizi di legittimità (129).

La conquista così ottenuta sul piano della tutela processuale ha comportato un mutamento nelle vicende *de quibus*: la conseguenza è che l'oggetto dell'opposizione avanzata – *ex art.* 615 ovvero 617 c.p.c. – non assume più rilevanza per stabilire l'impugnabilità o meno della sentenza emessa (130), bensì per individuare il corretto

(126) La giurisprudenza ha avuto modo di specificare, inoltre, che qualora il debitore abbia avanzato opposizione per plurimi profili, solo le statuizioni di primo grado effettivamente rese in materia di opposizione all'esecuzione possono costituire oggetto di appello, dovendo il giudice del gravame dichiarare l'inammissibilità delle restanti questioni controverse e parimenti oggetto di gravame. Così Cass. Civ., 15 giugno 1950, n. 1527, citata da ANDRIOLI V., *Commento*, III, cit., p. 363; in seguito Cass. Civ., 29 aprile 1958, n. 1410, in *Giust. Civ.*, 1958, I, p. 1522.

(127) Fra le tante all'epoca Cass. Civ., 21 luglio 1949, n. 1899, in *Rep. Foro It.*, 1949, voce *Esecuzione e pignorabilità in genere*; Cass. Civ., 10 dicembre 1951, n. 2768, in *Rep. Foro It.*, 1951, voce *Esecuzione e pignorabilità in genere*, n. 75; Cass. Civ., 16 gennaio 1952, n. 88, in *Rep. Foro It.*, 1952, voce *Esecuzione e pignorabilità in genere*, n. 68; Cass. Civ., 22 ottobre 1953, n. 3477, in *Rep. Foro It.*, 1952, voce *Esecuzione e pignorabilità in genere*, n. 74; Cass. Civ., 10 dicembre 1951, n. 2768, in *Rep. Foro It.*, 1951, voce *Esecuzione e pignorabilità in genere*, n. 75.

(128) Se del caso cfr. nuovamente *retro* Cap. III, Sez. I, p. 128 ss.

(129) Fra le prime pronunce ad avere specificamente affermato tale principio v. Cass. Civ., 23 ottobre 1954, n. 4048, in *Rep. Foro It.*, 1952, voce *Esecuzione forzata in genere*, n. 59; in seguito, *ex multis*, Cass. Civ., 11 gennaio 1958, n. 58, in *Rep. Foro It.*, 1958, voce *Esecuzione forzata in genere*, n. 73.

(130) Preme peraltro rilevare che, per un breve lasso temporale, i termini dell'equazione sono stati variati dal legislatore, per esclusione dell'appellabilità delle sentenze emesse all'esito di opposizione all'esecuzione. Ma tale riforma, avutasi con l'art. 14, l. 52/2006, è stata successivamente abrogata dall'art. 49, co. 1, l. 69/2009.

mezzo di impugnazione esperibile, consistente a seconda dei casi nell'appello o nel ricorso straordinario per Cassazione (131).

Peraltro, il concorso fra questi due autonomi mezzi di impugnazione non può essere risolto facendo riferimento al provvedimento che avrebbe dovuto essere emanato, pur sempre una sentenza. Di qui, l'elaborazione giurisprudenziale volta a concedere rilevanza al criterio del tipo di tutela fornita espressamente dal giudice in sentenza. Sulla scorta di ciò, dunque, possono darsi i seguenti casi:

a) il giudice di primo grado non ha preso posizione, in sentenza, sull'oggetto dell'opposizione avanzata dal debitore (132);

b) il giudice di primo grado ha inteso qualificare, in sentenza, l'oggetto dell'opposizione avanzata dal debitore (133).

Nell'ipotesi *sub a)*, sul presupposto che il giudice *a quo* non abbia specificamente preso posizione sul tipo di azione proposta, in linea con quanto già osservato in tema di prevalenza della sostanza sulla forma, la giurisprudenza afferma che la parte è onerata ad individuare il corretto mezzo di impugnazione avuto riguardo all'effettivo oggetto del procedimento, con l'ulteriore conseguenza che il giudice *ad quem*, qualora non dovesse condividere l'interpretazione fornita, ha il potere di dichiarare inammissibile l'impugnazione (134).

(131) Da ciò discende il principio della scindibilità dei capi della sentenza in relazione agli specifici oggetti di decisione. Infatti, come affermato di recente da Cass. Civ., 22 giugno 2016, n. 12872, «quando le contestazioni della parte si configurino, nello stesso procedimento, come opposizione all'esecuzione ed opposizione agli atti esecutivi, si deve ritenere che la sentenza, formalmente unica, contenga due decisioni distinte soggette rispettivamente ad appello ed a ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.». La giurisprudenza può sul punto definirsi allineata: conformi Cass. Civ., 21 giugno 2016, n. 12730; Cass. Civ., 27 agosto 2014, n. 18312; Cass. Civ., 13 giugno 2006, n. 13655; Cass. Civ., n. 10804 del 2000.

(132) La giurisprudenza reputa che le affermazioni generiche compiute dal giudice in sentenza non valgano ad identificare con esattezza l'azione proposta dalle parti. Tale è ad esempio il mero dato dell'intestazione della sentenza emanata come «opposizione agli atti esecutivi» piuttosto che «opposizione all'esecuzione» (così Cass. Civ., 16 luglio 2015, n. 14970).

(133) La giurisprudenza considera validi ai fini dell'applicazione del principio dell'apparenza indici quali la motivazione condotta dal giudice in sentenza, ovvero lo specifico tenore del dispositivo. In particolare sul punto Cass. Civ., 5 maggio 2016, n. 8958. Peraltro, come si vedrà in seguito, tale circostanza assume valore fondamentale per una corretta inquadrabilità del principio dell'apparenza nell'ambito delle teorie elaborate per risolvere il problema dell'impugnazione del provvedimento anomalo o abnorme.

(134) L'insegnamento è costante: per riferimenti Cass. Civ., 16 giugno 2016, n. 12414; Cass. Civ., 12 maggio 2016, n. 9796; Cass. Civ., 10 maggio 2016, n. 9392; Cass. Civ., 17 febbraio 2016, n. 3165; Cass. Civ., 27 novembre 2015, n. 24234; Cass. Civ., 15 ottobre 2015, n. 20884; Cass. Civ., 29 settembre 2015, n. 19268; Cass. Civ., 2 marzo 2012, n. 3338; Cass. Civ., n. 26919 del 2009; Cass. Civ., n. 11012 del 2007; Cass. Civ., n. 8006 del 2005.

Viceversa, nell'esempio riportato *sub b)* possono verificarsi due ulteriori alternative, ovvero:

b₁) la qualificazione fornita dal giudice circa l'oggetto dell'opposizione avanzata risulta pacificamente corretta;

b₂) la parte reputa errata la qualificazione fornita dal giudice circa l'oggetto dell'opposizione avanzata.

Mentre nessun problema di rilievo può rinvenirsi nella fattispecie *sub b₁)*, risulta assai delicato il caso riportato *sub b₂)*. Infatti, alla parte si presentano due opzioni (135): da un lato, introdurre il mezzo di impugnazione sulla base della qualificazione effettuata dal giudice, pur se erronea; dall'altro, proporre il mezzo di impugnazione valutato corretto in base al tipo di opposizione effettivamente avanzata (136).

Il dilemma è stato risolto dalla giurisprudenza di legittimità nel primo senso fin dagli anni '50, facendo ricorso al seguente principio di diritto: *«l'identificazione del mezzo esperibile contro un provvedimento giurisdizionale deve essere fatta in base al principio dell'apparenza, e cioè con riferimento esclusivo alla qualificazione effettuata dal giudice a quo, sia essa corretta o meno, ed a prescindere dalla qualificazione che ne abbiano dato le parti»* (137).

(135) Ne deriva che qualora la parte, per errore, proponga un mezzo di impugnazione diverso rispetto a quello richiesto, l'impugnazione dovrà essere dichiarata inammissibile. Ad ogni modo cfr. sul tema anche quanto si dirà in ottica ricostruttiva *infra* Cap. IV, Sez. II, p. 293 ss.

(136) In argomento PORCELLI G., *La qualificazione delle opposizioni esecutive dopo la riforma*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2008, p. 371; GIORGETTI M., *I limiti del c.d. principio dell'apparenza nell'opposizione a precetto*, in *Riv. Es. Forz.*, 2000, p. 124.

(137) Così Cass. Civ., 22 giugno 2016, cit. Fra le prime sentenze editate ad aver affrontato il problema, risolvendolo nel senso della prevalenza della qualificazione che il giudice abbia effettuato circa il tipo di azione proposta, Cass. Civ., 28 ottobre 1958, n. 3530, in *Rep. Foro It.*, 1958, voce *Impugnazioni civili*, n. 23, per la quale *«la scelta del mezzo di impugnazione si deve fare in base alla qualificazione giuridica del rapporto controverso fatta dal giudice a quo»*. Innumerevoli le pronunce avutesi nel corso del tempo in tal senso; a mero titolo esemplificativo v. Cass. Civ., 1 luglio 2016, n. 13558; Cass. Civ., 15 giugno 2016, n. 12351; Cass. Civ., 14 giugno 2016, n. 12173; Cass. Civ., 20 novembre 2015, n. 23829; Cass. Civ., 18 giugno 2015, n. 12649; Cass. Civ., 12 maggio 2015, n. 9583; Cass. Civ., 13 aprile 2015, n. 7364; Cass. Civ., n. 24633 del 2014; Cass. Civ., 11 luglio 2014, n. 15897; Cass. Civ., n. 6831 del 2014; Cass. Civ., n. 24114 del 2013; Cass. Civ., n. 12583 del 2013; Cass. Civ., n. 3338 del 2012; Cass. Civ., n. 17408 del 2012; Cass. Civ., 2 marzo 2012, n. 3338; Cass. Civ., n. 4617 del 2011; Cass. Civ., n. 21363 del 2010; Cass. Civ., n. 2261 del 2010; Cass. Civ., n. 30201 del 2008; Cass. Civ., n. 26294 del 2007; Cass. Civ., n. 4693 del 2007; Cass. Civ., 23 febbraio 2006, n. 4001, in *Guida Dir.*, 2006, 20, p. 91; Cass. Civ., 24 febbraio 2005, n. 3816, in *Giur. It.*, 2006, p. 1674; Cass. Civ., n. 3630 del 2001; Cass. Civ., n. 3400 del 2001; Cass. Civ., n. 1146 del 2000; Cass. Civ., 22 dicembre 1998, n. 12785; Cass. Civ., 7 agosto 1997, n. 7310; Cass. Civ., n. 9287 del 1994; Cass. Civ., n. 1914 del 1992; Cass. Civ., n. 2466 del 1986; Cass. Civ., n. 932 del 1978; Cass. Civ., 10 dicembre 1973, n. 3356, in *Rep. Foro It.*, 1973, voce *Esecuzione in generale*, n. 71; Cass. Civ., 28 ottobre 1969, n. 3560, in *Rep. Foro It.*, 1969, voce *Esecuzione in generale*, n. 78; Cass. Civ., 5 febbraio 1968, n. 396, in *Rep. Foro It.*, 1968, voce

La regola generale che, dunque, può essere estrapolata dall'analisi dei casi in cui la giurisprudenza ha fatto utilizzo del principio dell'apparenza per valutare l'ammissibilità dell'impugnazione proposta, è la seguente: qualora non si discuta sulla natura della decisione ai fini della sua impugnabilità, bensì il problema consista nella scelta del corretto mezzo di impugnazione e derivi dall'erronea qualificazione del tipo di tutela richiesta dalle parti, il soccombente deve proporre il rimedio esperibile sulla scorta della dichiarazione del giudice, ricavabile dallo specifico tenore della decisione emessa (138).

5.3.1. Il principio di ultrattività del rito quale specifica declinazione dell'apparenza.

Fermo il principio per cui l'individuazione del mezzo di impugnazione esperibile deve avvenire in base al principio dell'apparenza, cioè con esclusivo riguardo alla qualificazione, anche implicita purché univoca, dell'azione o del provvedimento compiuta dal giudice, la giurisprudenza ne ha individuato una sua specificazione in tema di errore nella scelta del rito effettuata dalla parte in primo grado (139).

La casistica, che principalmente concerne i rapporti fra processo ordinario di cognizione e rito del lavoro, è generalmente conosciuta con la denominazione di principio di ultrattività del rito (140).

Esecuzione in generale, n. 74; Cass. Civ., 31 gennaio 1963, n. 173, in *Foro It.*, 1963, I, p. 950; Cass. Civ., 4 aprile 1960, n. 753, in *Giur. It.*, 1961, I, 1, p. 356.

(138) La definizione fornita nel testo si basa sui risultati dell'analisi finora affrontata ed è in linea di tendenza con la descrizione del fenomeno generalmente fornita in dottrina. Per riferimenti OCCHIPINTI E., *L'appello: appellabilità, competenza, atti introduttivi*, in *Le impugnazioni civili*, cit., p. 200; PUNZI C., op. ult. cit., p. 364; ORIANI R., *L'opposizione*, cit., p. 210; COREA U., *Regime impugnatorio*, cit., p. 1433. In argomento anche TARZIA G., *Il valore della causa e l'appellabilità della sentenza*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1967, p. 566; ID., *Determinazione del grado del processo e impugnabilità della sentenza*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1968, p. 501.

(139) Cass. Civ., 22 gennaio 2015, n. 1148, in *www.ilcaso.it*.

(140) Specificamente sul tema LUPANO M., *Sull'introduzione del processo secondo un modello formale errato*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2015, p. 121; BALENA G., *Le conseguenze dell'errore sul modello formale dell'atto introduttivo (traendo spunto da un obiter dictum delle Sezioni unite)*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2011, p. 647; ID., *Sull'errore (talora assai dubbio) concernente la forma dell'atto di impugnazione*, in *Il Giusto Proc. Civ.*, 2014, p. 1120; VIDIRI G., *Processo agrario ed «ultrattività» del rito*, in *Giur. Agr. It.*, 1982, p. 350; ID., *Controversie soggette al rito del lavoro ed appello proposto con citazione*, in *Giur. Merito*, 1982, p. 1083; NASI A., *Rito del lavoro e forma dell'impugnazione davanti alle sezioni specializzate agrarie*, in *Giust. Civ.*, 1981, p. 1082; FRISINA P., *Nota a Cass. 5 giugno 1981, n. 3638*, in *Giust. Civ.*, 1982, p. 217; BARONE C. M., *Inosservanza del rito del lavoro in primo grado e termine per l'appello*, in *Foro It.*, 1980, IV, p. 19; MARTELLA V., *Ammissibilità dell'appello proposto con atto di citazione nel rito del lavoro (materia agraria)*, in *Giur. It.*, 1979, I, 1, p. 966; cfr. anche SALVIONI

In base a tale consolidata regola, ove una controversia sia stata erroneamente trattata e decisa in primo grado con il rito ordinario anziché con quello speciale del lavoro, o viceversa, le forme del rito ordinario debbono essere seguite anche per la proposizione dell'appello, che, dunque, va proposto con citazione ad udienza fissa; o nel caso inverso, mediante ricorso (141).

Sotto questo punto di vista, non assume rilevanza il fatto che la modalità di decisione adottata nel giudizio di primo grado differisca dal rito astrattamente prescritto per legge (142), in quanto, applicando alla fattispecie i riflessi del principio dell'apparenza nella scelta del modo con cui impugnare la decisione, va data continuità al rito espressamente adottato dal giudice di prime cure, potendo semmai il giudice dell'impugnazione – e non le parti – mutarlo in corso d'opera ai sensi dell'art. 439 c.p.c. (143).

Peraltro, in questo specifico contesto, la violazione di tali regole non sempre comporta la dichiarazione di inammissibilità dell'impugnazione proposta. Si pensi, ad esempio, alla parte che notifichi un atto di citazione in appello avverso una sentenza

T., *Ultrattività del rito e tempestività dell'appello nella dichiarazione di paternità o maternità naturale*, in *Giur. Merito*, 1999, p. 161.

(141) In termini Cass. Civ., 21 giugno 2016, n. 12843. Unanime la restante giurisprudenza di legittimità: senza pretese di completezza Cass. Civ., 2 settembre 2016, n. 17513; Cass. Civ., 18 maggio 2016, n. 10137; Cass. Civ., 22 ottobre 2015 n. 21520; Cass. Civ., 10 luglio 2015, n. 14401; Cass. Civ., 30 giugno 2015, n. 13311; Cass. Civ., 6 febbraio 2015, n. 2265; Cass. Civ., 11 luglio 2014, n. 15897; Cass. Civ., 11 luglio 2014, n. 15897; Cass. Civ., 3 luglio 2014, n. 15272; Cass. Civ., 19 gennaio 2012, n. 774; Cass. Civ., 7 giugno 2011, n. 12290; Cass. Civ., 27 maggio 2010, n. 12990; Cass. Civ., 31 luglio 2008, n. 20749; Cass. Civ., 14 dicembre 2007, n. 26294; Cass. Civ., 16 aprile 2007, n. 8949; Cass. Civ., 26 maggio 2006, n. 10927; Cass. Civ., 14 gennaio 2005, n. 682; Cass. Civ., n. 10278 del 2002. Fra le prime pronunce ad interessarsi della questione Cass. Civ., 30 gennaio 1978, n. 444, in *Foro It.*, 1978, I, p. 873; Cass. Civ., 12 dicembre 1980, n. 6433, in *Foro It.*, 1980, I, p. 2982; Cass. Civ., 10 novembre 1982, n. 5919, in *Foro It.*, 1983, I, p. 63. In passato, per l'opposto orientamento poi definitivamente abbandonato v. Cass. Civ., 20 novembre 1975, n. 3897, in *Foro It.*, 1976, I, p. 56 e Cass. Civ., 8 giugno 1977, n. 2364, in *Foro It.*, 1977, I, p. 1878.

(142) Il riferimento alla modalità di decisione piuttosto che al rito seguito in primo grado assume rilevanza fondamentale per la giurisprudenza, in quanto proprio in un caso limite i giudici di legittimità hanno dato prevalenza, in applicazione del principio dell'apparenza, alle concrete modalità di svolgimento della fase decisoria a dispetto del rito sino a quel momento applicato alla controversia. A tal proposito Cass. Civ., 16 dicembre 2014, n. 26355, in una fattispecie in cui il giudizio di primo grado aveva seguito le forme del rito del lavoro, ma era stato poi deciso con procedimento ordinario, ha affermato che la parte avrebbe dovuto proporre appello mediante atto di citazione a pena di inammissibilità. Peraltro, anche la possibile conversione fra ricorso e citazione in questa fattispecie è rimasta esclusa, avendo la Suprema Corte constatato che la notificazione del ricorso assieme al decreto era stata effettuata tardivamente. Ad ogni modo, tale ultimo aspetto verrà specificamente affrontato più avanti.

(143) Come si vedrà a breve, nei casi in cui la parte, in violazione del principio dell'apparenza, proponga l'impugnazione nelle forme che ritiene effettivamente corrette in relazione alla materia trattata, non scaturisce inevitabilmente la dichiarazione di inammissibilità del gravame proposto, in quanto la giurisprudenza consente in linea generale la conversione del ricorso proposto in citazione (o viceversa).

emessa dal tribunale in funzione di giudice del lavoro (144), posta la convinzione che, invero, la materia trattata esuli dai casi previsti dall'art. 409 c.p.c. In queste ipotesi, infatti, la giurisprudenza ritiene possibile l'operatività del principio di equipollenza fra atti processuali, qualora l'atto posto in essere condivida le caratteristiche essenziali di quello astrattamente previsto dal codice di rito; nel caso di specie, dunque, si potrebbe assistere ad una conversione della citazione in ricorso.

Ad ogni modo, nei casi *de quibus* può sorgere una possibile questione problematica nel valutare la tempestività dell'impugnazione proposta (145): infatti, la giurisprudenza considera tardiva l'impugnazione qualora non perfezionata nel termine previsto dalla norma che il principio dell'ultrattività avrebbe reso applicabile. La conseguenza è che se il giudice abbia deciso una controversia nelle forme del rito del lavoro, si considera perfezionata l'impugnazione quando la parte deposita l'atto di citazione in appello notificato; nel caso inverso, solo nel momento in cui la parte notifichi all'appellato il ricorso depositato assieme al decreto di fissazione dell'udienza (146).

(144) Su tali questioni v. per tutti l'ampio studio di POLI R., *Invalidità ed equipollenza*, cit., *passim*. In giurisprudenza cfr. ad es. Cass. Civ., 23 maggio 2014, n. 11561, per cui il tema «*della conversione dell'atto processuale, a differenza di quanto avviene in sede penale, va circoscritto nel senso che, in via generale, il ricorso o la citazione sono proponibili ed efficaci purché si rispettino i termini specificamente previsti nel particolare procedimento ritualmente esperibile*».

(145) Così, infatti, Cass. Civ., 21 giugno 2016, cit.: «*la convertibilità della citazione in ricorso [nei casi di errore nel non rispetto del principio di apparenza] non può prescindere dal suo deposito entro il suddetto termine, a pena d'inammissibilità del gravame rilevabile anche d'ufficio (Cass. 21 marzo 1994 n. 2687)*». Specifica inoltre Cass. Civ., 27 maggio 2010, n. 12990 che «*in controversia trattata con il rito del lavoro, l'inammissibilità dell'impugnazione, perché depositata in cancelleria oltre il termine di decadenza previsto dell'art. 434, secondo comma, cod. proc. civ. e, in caso di mancata notifica della sentenza, nel termine di cui all'art. 327, primo comma, stesso codice, non trova deroga con riguardo all'ipotesi in cui l'appello sia stato irrualmente proposto nella forma della citazione, ancorché questa sia suscettibile di convalidazione a norma dell'art. 156, ultimo comma cod. proc. civ., trattandosi di inosservanza di un adempimento prescritto a pena di decadenza, dal quale deriva il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado*». Conformi, fra le tante, Cass. Civ., 29 luglio 2016, n. 15935; Cass. Civ., 22 gennaio 2015, cit.; Cass. Civ., 10 febbraio 2014, n. 2907; Cass. Civ., n. 21675 del 2013; Cass. Civ., n. 18117 del 2013; Cass. Civ., n. 21161 del 2011; Cass. Civ., n. 9530 del 2010; Cass. Civ., n. 4498 del 2009; Cass. Civ., n. 23412 del 2008; Cass. Civ., n. 17645 del 2007; Cass. Civ. n. 8947 del 2006; Cass. Civ., n. 5150 del 2004. Per ulteriori approfondimenti dottrinali v. ancora POLI R., *Invalidità ed equipollenza*, cit., p. 345 ss.

(146) In questa sede si intende porre l'attenzione su ulteriori aspetti problematici. A tal proposito, la situazione potrebbe aggravarsi nelle ipotesi in cui l'applicazione del rito del lavoro abbia comportato la variazione del giudice dinanzi al quale proporre la controversia in primo grado: ad esempio, per le cause di valore inferiore a 5.000 € concernenti beni mobili, diventa competente il tribunale in composizione monocratica in luogo del giudice di pace (arg. ex artt. 7 e 413 c.p.c.), con evidenti riflessi anche in punto di individuazione del giudice di appello competente, ovvero la corte di appello anziché il tribunale. Dunque, per queste ipotesi, l'eventuale violazione del principio di apparenza ad opera della parte potrebbe non concernere soltanto la forma introduttiva del gravame, rischiando di coinvolgere l'identità del giudice adito, quand'anche il mezzo di impugnazione prescelto; si pensi sotto

5.4. Il principio dell'apparenza nel passaggio dal diritto sostanziale al diritto processuale civile.

L'*excursus* finora effettuato permette di rilevare che il principio dell'apparenza, nato sul piano del diritto sostanziale per salvaguardare ogni soggetto che, confidando nell'esattezza dell'altrui condotta, sia stato indotto in errore scusabile, nel passaggio alle logiche processuali ha assunto connotati autonomi: da principio posto a tutela della parte, infatti, esso diventa una precisa regola da rispettare.

Più distesamente, la giurisprudenza impone alla parte di adeguarsi alla dichiarazione effettuata dal giudice, pur se erronea, pena l'inammissibilità dell'impugnazione proposta, con evidenti conseguenze pregiudizievoli sul piano della tutela in giudizio della situazione sostanziale controversa (147).

Inoltre, dalla trattazione effettuata può anche evincersi come la giurisprudenza, nei casi di errore del giudice che influisca sul regime giuridico del provvedimento, non abbia mai realmente inteso operare una contrapposizione fra il principio dell'apparenza e quello della prevalenza della sostanza sulla forma.

Mentre, infatti, con quest'ultimo si tende a giustificare l'impugnabilità o meno della decisione anomala emanata, il principio dell'apparenza viene utilizzato per dirimere il concorso dei mezzi di impugnazione esperibili nei casi in cui il giudice abbia espressamente preso posizione, nel provvedimento, circa il tipo di tutela richiesta (148);

quest'ultimo profilo problematico alle ipotesi di inappellabilità delle sentenze che hanno deciso sopra controversie soggette al rito del lavoro dal valore inferiore a 25,82 €.

(147) Conseguono dunque effetti pregiudizievoli proprio nel caso in cui la parte, prescindendo dall'errore del giudice, decida di proporre l'impugnazione nel modo che ritenga corretto. Una tale evenienza può invece essere scongiurata nel processo amministrativo, facendo applicazione dell'istituto dell'errore scusabile *ex art. 37*, stando al quale il giudice può rimettere la parte in termini quando l'effetto pregiudizievole si è realizzato «*in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto*». Istituto che, stando alla giurisprudenza maggioritaria del Consiglio di Stato, trova applicazione anche nelle ipotesi in cui la situazione di errore «*si inquadra in un comportamento complessivo fuorviante dello stesso giudice e delle controparti*» (Cons. Stato, adunanza plenaria, 9 agosto 2012, n. 32, in *Giur. It.*, 2013, p. 965).

(148) La ricostruzione effettuata nel testo, ricavabile dall'analisi complessiva delle decisioni avutesi sul tema, affiora in Cass. Civ., 5 maggio 2015, n. 8905: «*invero il criterio dell'apparenza è idoneo a regolare la scelta del mezzo dell'impugnazione, ma ai fini dell'impugnabilità o meno del provvedimento vale il criterio cd. "della prevalenza della sostanza sulla forma degli atti processuali", secondo cui ciò che definisce il regime da applicare all'atto processuale, anche ai fini della relativa impugnazione, è la sua sostanza e non la sua forma (cfr Cass. SSUU. n. 15116 del 2013, nella motivazione e SS. UU. n. 25837 del 2007). Nella specie si tratta - come innanzi evidenziato - di un provvedimento erroneamente atteggiato come provvedimento sulla competenza, ma, nella sostanza, meramente ordinatorio,*

viceversa, qualora nelle medesime ipotesi manchi un'espressa qualificazione, torna ad operare il regime giuridico del provvedimento in base alla sua sostanza.

Ad ogni modo, al di là delle intenzioni professate, tale impostazione è idonea a creare vistose zone d'ombra, sulle quali si tornerà al momento opportuno (149).

6. Una soluzione alternativa: la teoria del *Meistbegünstigung*.

Come ampiamente rilevato, la disputa sul regime giuridico del provvedimento emanato in forma diversa da quella prescritta, nel nostro ordinamento, ruota attorno ad impostazioni in ultima analisi contrapposte.

Eppure, sebbene falliti, non sono mancati in passato tentativi dottrinali volti ad estendere l'applicazione di una soluzione di compromesso, sulla scorta dell'ampia trattazione scientifica principalmente di matrice tedesca sviluppata sull'argomento (150).

Il concetto chiave da cui si deve partire è pur sempre quello di *Inkorrekte Entscheidung*, ossia il provvedimento giudiziale emesso in una forma diversa da quella prescritta per legge; tipico è il caso di emanazione di sentenza (*Urteil*) al posto di ordinanza (*Beschluss*), o viceversa (151).

*disponendo il mero cambiamento del rito (come tale ridiscutibile nell'ulteriore corso del processo) e una diversa distribuzione interna all'ufficio». Anche in dottrina si è cercato di chiarire l'apparente contrasto fra queste due soluzioni. È stato in particolare affermato in CONSOLO C. (diretto da), *Codice di procedura civile*, cit., p. 401, «se per stabilire l'impugnabilità del provvedimento occorrerà guardare al suo contenuto e ai suoi effetti, l'identificazione del mezzo d'impugnazione concretamente esperibile andrà operata, a tutela dell'affidamento della parte, con riferimento esclusivo a quanto previsto dalla legge per le decisioni emesse secondo il rito in concreto adottato in base alla qualificazione effettuata dal giudice a quo, giusta o sbagliata che sia. Vanno, insomma, distinti i due problemi: quello dell'impugnabilità del provvedimento va risolto applicando il principio di prevalenza della sostanza sulla forma del provvedimento; quello del mezzo di impugnazione esperibile va risolto applicando il principio dell'apparenza».*

(149) *Infra* cap. IV, Sez. II, p. 287.

(150) La possibilità di applicare nel nostro ordinamento interno i risultati cui è pervenuta la dottrina straniera è stata in particolare avanzata da DE DIVITIIS P., *Sulla teoria*, cit., pp. 414 – 430; D'ONOFRIO P., *Commento al nuovo codice di procedura civile*, I, Torino, 1957, pp. 292 – 293; ID., voce *Appello (diritto processuale civile)*, in *N. ssimo Dig. It.*, I, Torino, 1962, p. 725 ss. Più cauta la prospettiva di ORIANI R., voce *Atti processuali*, cit., pp. 7 – 8, il quale, dopo aver illustrato i risultati raggiunti dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca, dimostra scetticismo nei confronti dell'applicazione del principio alle vicende del processo civile italiano (del pari ID., *L'opposizione all'esecuzione*, cit., p. 213).

(151) La nozione di provvedimento anomalo viene estesa anche ad ogni divergenza del provvedimento concreto dal modello legale, in quanto rilevante per il regime delle impugnazioni. Ad esempio, si pensi alla contrapposizione fra la sentenza emessa in contraddittorio (*Kontradiktorisches Urteil*) e la sentenza contumaciale (*Versäumnisurteil*): mentre la prima è soggetta ai gravami ordinari, la seconda è solamente opponibile. Si pensi, ancora, alle numerose tipologie di sentenza incidentale: mentre

Nel tempo, erano state elaborate due diverse teorie per risolvere la problematica relativa all'impugnabilità del provvedimento anomalo in base alle disposizioni della ZPO.

Stando ad una prima teoria c.d. subiettiva (*Subjective Theorie*), il regime giuridico della pronuncia doveva essere ricavato dalla volontà determinante espressa dal giudice, ovvero, in altri termini, concedendo prevalenza al regime giuridico ricavabile dal provvedimento effettivamente emanato. Eppure, il riferimento all'individuazione del provvedimento sulla scorta dell'ambiguo presupposto della dichiarazione giudiziale, nel tempo, ha portato la giurisprudenza a concedere rilevanza al contenuto sostanziale della decisione piuttosto che agli elementi formali del provvedimento, quali la denominazione della statuizione, la struttura della motivazione o del dispositivo (152). Inoltre, avverso questa teoria è stato obiettato che le parti non possono subire alcun pregiudizio, sotto il profilo del diritto alla contestazione del provvedimento, per un errore dell'organo giudicante.

In ragione di ciò, è stata sviluppata una seconda teoria, c.d. obiettiva (*Objektive Theorie*), per cui ai fini dell'impugnabilità del provvedimento rilevava esclusivamente il suo contenuto sostanziale, con onere in capo alla parte di ricavare il regime di impugnazione in base alla materia trattata, a prescindere dalla forma esteriore assunta dalla decisione (153).

Ma anche avverso questa soluzione sono state avanzate critiche, principalmente incentrate sul fatto che alle parti verrebbe richiesto un *plus* interpretativo rispetto all'operato del giudice, con il rischio di esporsi ad una diversa qualificazione di quello stesso provvedimento in sede di impugnazione (154).

quella su una lite fra le parti è impugnabile soltanto con la sentenza definitiva, quella a seguito di lite fra una parte ed un terzo è immediatamente reclamabile. Per riferimenti ed ulteriori esemplificazioni v. TARZIA G., *Profili*, cit., pp. 44 – 46, nonché più di recente DE DIVITIIS P., *Sulla teoria*, cit., p. 416 ss.

(152) Il rilievo è effettuato da TARZIA G., *Profili*, cit., p. 49, il quale peraltro afferma che tale teoria «è stata sempre minoritaria». Inoltre, l'A. critica la teoria subiettiva sviluppatasi in Germania, in quanto, essendo limitata a mere asserzioni di principio, risulta carente di una trattazione scientifica approfondita, volta a smascherare possibili dubbi od equivoci; primo fra tutti, il delicato rapporto con la teoria della dichiarazione nei negozi giuridici di diritto processuale (spec. p. 59).

(153) Ancora TARZIA G., *Profili*, cit., p. 53, per cui in base a questa teoria «il contenuto viene contrapposto alla forma, ed assunto, esso soltanto, come rilevante per l'impugnabilità», soggiungendo altresì che «la motivazione, che di questa tesi è offerta, non in altro si traduce che nella critica alla teoria subiettiva».

(154) Riassumendo le critiche avanzate in passato, DE DIVITIIS P., *Sulla teoria*, cit., p. 414, afferma che le parti «non possono avere una conoscenza giuridica migliore di quella del giudice».

Orbene, dalla sintetica ricostruzione condotta emerge che la contrapposizione fra la teoria soggettiva e quella oggettiva, per omogeneità di soluzioni e relative criticità prospettate, è espressione del bipolarismo cui è imperniato il sistema italiano (155); eppure, a differenza della nostra *impasse*, dottrina e giurisprudenza tedesche hanno elaborato un innovativo meccanismo di compromesso, tutt'oggi comunemente utilizzato (156).

Tale principio, denominato *Meistbegünstigung* ed altrimenti conosciuto con il nome di *Sowohl – als auch – Theorie* (157), è infatti nato in risposta alle forti critiche cui erano andate incontro sia la teoria soggettiva che quella oggettiva; in esso, la dottrina ha cercato di coniugare i pregi ed eliminare i difetti propri di entrambe (158).

In particolare, la volontà di riservare alle parti massima tutela in giudizio contro gli errori giudiziali si riscontra solamente in una delle tre evenienze applicative della teoria, che per il resto non è dissimile dal principio della prevalenza della sostanza sulla forma di matrice italiana. Dunque, procedendo per elencazione di ipotesi, i rimedi concessi alla parte variano in relazione alle seguenti circostanze:

a) se la decisione scorretta risulta inoppugnabile, prevale il regime del provvedimento che avrebbe dovuto essere emanato al fine di permettere la sindacabilità della statuizione, non potendo il giudice privare le parti di un rimedio concesso *ex lege*;

b) se la decisione scorretta permette alla parte un'impugnazione altrimenti negata, prevale la disposizione legislativa non rispettata ed il provvedimento resta inoppugnabile, non potendo le parti trarre dall'errore del giudice un indebito vantaggio in violazione della legge;

(155) D'ONOFRIO P., voce *Appello (diritto processuale civile)*, cit., pp. 730 – 731, apre il seguente spiraglio interpretativo: «*se è vero che la sostanza prevale sulla forma giacché sarebbe strano ed illegittimo che dando il nome e la forma di decreto o di ordinanza al provvedimento che per legge deve essere la sentenza, il giudice riuscisse a sottrarlo all'appello, è pur vero che l'errore del giudice circa la forma non deve pregiudicare la parte che l'abbia ritenuta esattamente adottata*». Del pari, ORIANI R., *L'opposizione*, cit., p. 212, auspica «*una rimediazione del problema*», proprio nel senso di consentire, mediante l'applicazione dell'istituto dell'errore scusabile, l'ingresso nel nostro ordinamento della teoria di matrice tedesca.

(156) Il principio è unanimemente accolto nella dottrina Tedesca. Per una bibliografia essenziale di riferimento si rimanda al contributo di DE DIVITIIS P., *Sulla teoria*, cit., p. 415, nota 15.

(157) L'accezione tedesca «*Meistbegünstigung*» può essere tradotta con l'espressione «*principio del trattamento più favorevole*», ed è altrimenti conosciuta, in via letterale, come la teoria sia dell'essere che del dover esser del provvedimento (ovvero *Sowohl – als auch – Theorie*).

(158) TARZIA G., *Profili*, cit., p. 55, la riconduce a «*considerazioni dichiaratamente equitative*», mediante una «*sintesi di reale e ideale ammissibilità del gravame, consentita da una visione funzionale di tale istituto*» e che porta per tali motivi l'A. a definire la teoria come «*eclettica*».

c) qualora la decisione scorretta risulti lo stesso impugnabile, sebbene con strumenti diversi rispetto a quelli astrattamente previsti, la parte può scegliere liberamente, fra i diversi rimedi esperibili, quello che ritiene opportuno (159).

Il principio sotteso alla soluzione *sub c)* è che i mezzi di impugnazione sono espedienti in favore delle parti e occorre concederli con il massimo dell'elasticità, soprattutto nei casi di errore del giudice (160); nessun pregiudizio deve discendere dall'errore scusabile cui la parte è incorsa (161).

Dunque, quale dei due procedimenti di impugnazione la parte scelga di proporre (162), l'idea di fondo della teoria è che il giudice dell'impugnazione, previo

(159) TARZIA G., *Profili*, cit., p. 60, critica tali elaborazioni, rilevando *in primis* «una carenza di prova della loro fondatezza alla luce del *jus conditum*». Dopodiché evidenzia anche le complicità che tale rimedio può comportare in fase di impugnazione: ad esempio, nei casi di soccombenza reciproca o di processi litisconsortili in cui abbiano impugnato parti diverse, si possono verificare conflitti di valutazione fra i giudici dell'impugnazione circa la correttezza del provvedimento emanato. In definitiva, comunque, l'A. è dell'idea che non si possa presupporre una doppia qualificazione del provvedimento, o comunque disattendere l'importanza del momento della corretta qualificazione del provvedimento ai fini della sua impugnazione.

(160) Per riscontri v. DE DIVITIIS P., *Sulla teoria*, cit., p. 418, nota 30. Sempre sotto questa luce prospettica, si inserisce una particolare declinazione del principio in questione: nelle ipotesi di decisioni poco chiare, in cui non è dato risalire con certezza alla fattispecie formale utilizzata dal giudice, si ritiene possibile una dichiarazione di inammissibilità del rimedio proposto, purché contenente una presa di posizione circa l'effettiva forma del provvedimento impugnato. L'evenienza è finalizzata alla successiva proposizione del rimedio adeguato, in virtù di una sorta di rimessione in termini. Peraltro, per approfondimenti su questo importante istituto vigente nel nostro ordinamento processuale e ad oggi elevato a principio generale, v. per tutti PANZAROLA A., *Sulla rimessione in termini ex art. 153 c.p.c.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, p. 1636 ss.

(161) In passato, avevano auspicato un'approfondita riflessione sul tema della rilevanza processuale dell'errore scusabile per cause non imputabili alla parte ORIANI R., *L'opposizione*, cit., p. 213, nonché ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, cit., p. 488, per il quale «la giustizia amministrativa prevede la scusabilità dell'errore, che, ove fosse estesa dal legislatore al processo civile, tempererebbe l'iniquità di alcuni risultati pratici senza offendere i principi». Ad oggi, grazie ad una serie di interventi – finalmente – avutisi in giurisprudenza (fra i primi Cass. Civ., 2 luglio 2010, n. 1581), sulla tematica si è registrata maggiore attenzione anche da parte della dottrina: per riferimenti v. CHIEPPA R., *A proposito della riscoperta dell'errore scusabile per effetto di cambiamenti giurisprudenziali in materia processuale*, in *Giur. Cost.*, 2012, 4, p. 2959; GIARDINO E., *L'errore scusabile e la tutela giurisdizionale*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2012, 12, p. 1201; RUGGERI A., *Una inammissibilità accertata ma non dichiarata, ovvero sia l'errore processuale scusabile della parte, in quanto indotto dallo stesso ... giudice (a prima lettura di Corte Costituzionale n. 142/2012)*, in *Consulta online*, 2012, p. 5; CAVALLA F. – CONSOLO C. – DE CRISTOFARO M., *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*, in *Corr. Giur.*, 2011, 10, p. 1397; D'ALESSANDRO E., *L'errore scusabile fa il suo ingresso nel processo civile: il mutamento di un precedente consolidato orientamento giurisprudenziale quale giusta causa di rimessione in termini ai fini della proposizione del ricorso per cassazione*, in *Corriere Giur.*, 2010, 11, p. 1476 ss.

(162) La soluzione facilitata esclusivamente la parte nella scelta del mezzo di impugnazione, senza creare un indebito accrescimento dei suoi poteri: infatti, anche nel caso in cui la parte, nel dubbio ed in via ulteriormente cautelativa, abbia scelto di proporre entrambi i rimedi esperibili (evenienza sempre possibile), è poi costretta ad abbandonarne uno dei due. Come osserva DE DIVITIIS P., *Sulla teoria*, cit., p. 418, in caso contrario, ovvero «se la scelta non è ancora stata compiuta al momento della pronuncia del provvedimento che decide (in un senso o nell'altro) una delle due impugnazioni, allora la parte impugnante può dichiarare l'avvenuta definizione della *senhjudica*».

annullamento della decisione anomala impugnata, deve poter ricondurre il procedimento entro i corretti binari. Peraltro, nell'adempiere tali compiti, si possono verificare due ipotesi (163).

a) Il giudice dell'impugnazione ha il potere di emettere la decisione finale nella forma adeguata, eventualmente dopo aver rinnovato gli atti del procedimento viziati (164). In tal caso si avrà una nuova pronuncia nel merito della controversia.

b) Il giudice dell'impugnazione non ha il potere di emanare il provvedimento nella forma adeguata. In questo diverso caso occorrerà rinviare la causa al giudice inferiore, affinché sopperisca all'errore (165).

Riservando al prosieguo dell'analisi le opportune valutazioni in merito alla percorribilità o meno, nel nostro sistema, di una tale soluzione, preme per il momento constatare che la via non risulta essere mai stata espressamente percorsa in giurisprudenza (166).

(163) Cfr. ancora DE DIVITIIS P., *Sulla teoria*, cit., p. 418.

(164) Preme a questo proposito rilevare come la dottrina tedesca, sempre stando alla ricostruzione fornita da DE DIVITIIS P., *Sulla teoria*, cit., p. 420, alle ipotesi di provvedimento anomalo «ha accomunato quelle in cui la scorrettezza della decisione dipenda da un errore nella scelta del procedimento da seguire per la trattazione di una controversia». Tale ultima casistica, conosciuta anche dalla giurisprudenza italiana con principio di ultrattività del rito, come visto in precedenza è stata utilizzata per giustificare l'ammissibilità di un mezzo di impugnazione proposto avverso una decisione frutto di un *procedimento anomalo*: su tutti, si pensi al caso della controversia di lavoro ex art. 409 c.p.c. trattata in primo grado nelle forme del processo ordinario di cognizione.

(165) Sembra questa la soluzione più ragionevole.

(166) Ad oggi, infatti, non si rinvencono precedenti giurisprudenziali in termini.

SEZIONE II

Le teorie sull'impugnabilità del provvedimento anormale al vaglio della loro applicazione pratica

7. Le diverse teorie sull'impugnazione del provvedimento anomalo alla luce della loro applicazione pratica nel processo di cognizione: alcune coordinate per il prosieguo dell'indagine.

Quanto finora evidenziato ha permesso di porre l'attenzione sui connotati immediatamente identificativi delle diverse teorie sull'impugnabilità del provvedimento anomalo, evidenziando in particolare le soluzioni fornite per l'individuazione del mezzo di impugnazione ammissibile.

Stando alla teoria della prevalenza della sostanza sulla forma, nonché alla variante proposta da Garbagnati, la parte continuerà a giovare del rimedio astrattamente previsto dalla legge per quel dato provvedimento (167); in adesione all'opposto principio, il regime giuridico della statuizione emanata si dovrà ricavare a partire dalla forma in concreto adottata dal giudice (168). Quest'ultima sembra essere anche la soluzione prescelta in giurisprudenza nei casi di concorso fra più mezzi di impugnazione ed in presenza di un'espressa qualificazione giudiziale dell'azione proposta.

Notazione a parte merita la teoria ibrida di matrice tedesca, valevole per le ipotesi in cui il provvedimento anomalo risulta impugnabile sia facendo riferimento alla forma concreta, sia in relazione alla disciplina prevista per la fattispecie astratta: nello specifico, entrambi i mezzi di contestazione saranno ammissibili.

(167) Come già visto, il passaggio dal codice del 1865 a quello del 1942, in concomitanza con l'entrata in vigore del disposto costituzionale dell'art. 111, ha contribuito a chiarificare il senso del principio della prevalenza della sostanza sulla forma. Infatti esso veniva dalla dottrina considerato un fenomeno unitario a quello che, viceversa, viene oggi individuato nella c.d. sentenza in senso sostanziale.

(168) DE DIVITIIS P., *Sulla teoria del Meistbegünstigung*, cit., p. 411, correttamente riconduce il principio della prevalenza della sostanza sulla forma ad «*esigenze di giustizia*», mentre il principio della prevalenza della forma sulla sostanza (c.d. apparenza) ad «*esigenze di certezza*».

Ogni corrente di pensiero, peraltro, è portatrice di autentici giudizi di valore sul modo di risolvere, in ultima analisi, le derive patologiche del rapporto fra l'autorità giurisdizionale ed i soggetti di diritto ad essa sottoposti (169).

Sotto questo punto di vista, l'intento giurisprudenziale in tema di prevalenza della sostanza sulla forma sembra animato da esigenze di giustizia sostanziale e coincide con la volontà di concedere maggiore tutela alle parti nei casi di errore giudiziario (170), evitando così che il provvedimento possa essere sottratto al regime giuridico previsto dal legislatore (171).

Sarebbe, ad esempio, fortemente pregiudizievole per la parte, nondimeno sotto il profilo economico e temporale, dover appellare una sentenza che abbia statuito sulla mera ammissione di un determinato mezzo istruttorio (172).

Viceversa, volendo focalizzare l'attenzione sul polo opposto, le ragioni della prevalenza della forma effettivamente assunta dal provvedimento risiedono in evidenti ragioni di certezza giuridica, nonché di affidamento incolpevole della parte nei confronti dell'operato erroneo del giudice (173).

Si pensi all'esempio, precedentemente riportato, in cui venga emanata ordinanza, anziché sentenza non definitiva, per dirimere una questione pregiudiziale di rito; qualora le parti abbiano confidato nel potere successivo di revoca o modifica del

(169) D'altronde, come nota ORIANI R., *L'opposizione*, cit., p. 210, «a fondamento dei diversi indirizzi vi sono corposi giudizi di valore».

(170) Secondo VOCINO C., *Sulla natura dei provvedimenti del giudice*, cit., p. 32: il provvedimento è considerato un atto che riceve dall'oggetto «il suo significato e la sua particolare qualificazione».

(171) In dottrina, PUNZI C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, cit., p. 357, effettua la seguente riflessione emblematica: «se l'impugnazione è il mezzo per porre rimedio agli errori del giudice, non può essere proprio un suo errore a precludere l'utilizzo del mezzo di impugnazione previsto per legge». In giurisprudenza, fra le tante pronunce v. di recente Cass. Civ., sez. un., 11 dicembre 2007, n. 25837, in *Mass. Giur. It.*, 2007, per cui «questa Corte di cassazione ha più volte statuito che, al fine di stabilire se un provvedimento abbia natura di sentenza o di ordinanza, è decisiva non già la forma adottata ma il suo contenuto (cosiddetto principio della prevalenza della sostanza sulla forma), di modo che allorquando il giudice, ancorché con provvedimento avente veste formale di ordinanza, abbia, senza definire il giudizio, deciso una o più delle questioni di cui all'art. 279 cod. proc. civ. - in particolare affermando la propria giurisdizione - a detto provvedimento va riconosciuta natura di sentenza non definitiva ai sensi dell'art. 279 cod. proc. civ., comma 2, n. 4».

(172) Sotto questo punto di vista, si pensi a quanta importanza abbia assunto, con il passare del tempo, il canone costituzionale della ragionevole durata del procedimento, per lo più declinato nel senso di non arrecare alle parti in giudizio irragionevoli ed ingiustificati allungamenti dell'iter processuale (arg. ex art. 111 Cost.).

(173) Oltretutto, il binomio trova ulteriore sviluppo nelle ipotesi in cui l'errore del giudice consista nella qualificazione del tipo di tutela richiesta o azione promossa dalla parte, in quanto ivi, come visto, la giurisprudenza concede in via prioritaria spazio al principio dell'apparenza a discapito delle ragioni della prevalenza della sostanza.

provvedimento ad opera del giudice (eventualmente in sede di statuizione finale), si troverebbero – invano – a dover constatare come la decisione sia incontrovertibilmente passata in giudicato, siccome non impugnata nei termini di legge.

Ad ogni modo, prescindendo per il momento dalla disputa, tendenzialmente in bilico vista l'equiparabile pregnanza sistematica fra questi due postulati (174) – giustizia da un lato (175), certezza giuridica dall'altro (176) – che, in condizioni fisiologiche, sono destinati ad autoalimentarsi a vicenda (177), nella parte di elaborato che seguirà verrà approfondita l'indagine in relazione alle conseguenze pratiche della loro applicazione. Ciò avverrà tanto nelle vicende del processo ordinario di cognizione, quanto nei principali procedimenti speciali disciplinati dal codice di rito.

Id est, iniziando la trattazione con particolare riferimento alle diverse fattispecie di provvedimento anomalo emanato nel processo ordinario di cognizione, si darà conto delle sorti del giudizio di impugnazione correttamente instaurato alla luce delle teorie oggetto di analisi in Italia.

(174) Per considerazioni critiche si rimanda a quanto sarà esposto nel Cap. IV.

(175) Il concetto di giustizia rappresenta senz'altro uno fra i più delicati temi che la società abbia mai conosciuto, in ambito filosofico, etico, religioso, politico e giurisdizionale. Senza nessuna pretesa, per un approccio al tema in generale v. MAFFETTON S. – VECA S. (a cura di), *L'idea di giustizia da Platone a Rawls*, 3^a ed., Roma – Bari, 2001; RAWLS J., *Una teoria della giustizia* (1971), trad. it., Milano, 2010; CARBONE U., *La giustizia e le giustizie. Compendio storico*, Milazzo, 1966; OPPENHEIM F. E., voce *Giustizia*, in *Diz. Pol.*, 2^a ed., diretto da BOBBIO N. – MATTEUCCI N. – PASQUINO G., Torino, 1983, p. 475; CAPPELLETTI M., voce *Giustizia*, in *Enc. Nov.*, III, Roma, 1978, p. 380. Per una possibile declinazione prettamente processual – civilistica di diritto interno v. TARUFFO M., *Idee per una teoria della decisione giusta*, ora in www.notiziariogiuridico.it.

(176) Sul significato che l'espressione certezza del diritto è venuta ad identificare, tra la vasta letteratura italiana in argomento, si può fare riferimento alle voci enciclopediche di GIANNINI M.S., voce *Certezza pubblica*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, p. 769 ss.; LONGO M., voce *Certezza del diritto*, in *N.s.simo Dig. It.*, III, Torino, 1966, p. 124 ss.; CORSALE M., voce *Certezza del diritto. Profili teorici*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1988, p. 1 ss.; GIANFORMAGGIO L., voce *Certezza del diritto*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, Torino 1998, p. 274 ss.; inoltre, si v. i contributi di LOPEZ DE OÑATE F., *La certezza del diritto* (1942), ristampa it., Milano, 1966, *passim*; JORI M. – PINTORE A., *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1985, spec. pp. 194 – 198; LUZZATI C., *Dinamicità e certezza del diritto in Kelsen*, in *Sistemi statici e dinamici*, a cura di GIANFORMAGGIO L., Torino, 1991, pp. 165 – 202; ALLORIO E., *La certezza del diritto dell'economia*, in *Riv. Dir. Econ.*, 1956, pp. 1198 – 1212; PATTARO E., *Temi e problemi di filosofia del diritto*, Bologna, 1994, pp. 190 – 194; RIMOLI F., *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in *Le trasformazioni della funzione legislativa. La crisi della legge e sistema delle fonti*, a cura di MODUGNO F., Milano, 2000, p. 73 ss.; FARALLI C., *Certezza del diritto o diritto alla certezza?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Torino, 1997, pp. 89 – 104.

(177) Concordando con quanto osservato da JORI M. – PINTORE A., *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino, 2014, p. 259, può osservarsi come, «sebbene la certezza del diritto [sia] un valore sovente contrapposto alla giustizia sostanziale», invero «la certezza del diritto è quindi un valore formale, che funge da completamento alla giustizia in senso sostanziale».

7.1. Il principio della prevalenza della sostanza sulla forma e la sua applicazione giurisprudenziale nel processo ordinario di cognizione.

Prima di evidenziare gli aspetti critici dell'operato giurisprudenziale in punto di prevalenza della sostanza sulla forma – o meglio al fine di comprenderne le ragioni –, si reputa necessario dare conto dei due specifici criteri (178) che essa, nel tempo (179), ha elaborato a condizione di effettiva attuazione del principio (180):

a) il giudice deve avere il potere di pronunciare il provvedimento prescritto dalla legge, ma erroneamente non adottato (181);

b) il provvedimento anomalo deve possedere i requisiti formali minimi indispensabili che avrebbero caratterizzato il tipo di provvedimento previsto per legge (182).

Rinviando al prosieguo dell'analisi la disamina del primo criterio – rilevante piuttosto sotto il profilo dei confini dogmatici della casistica – e, dunque, volendo per il

(178) Peraltro, CHIEPPA R., *Sulla natura del provvedimento secondo il contenuto sostanziale*, cit., p. 717, mette in evidenza anche un terzo requisito: non deve esistere un'altra disposizione che contempli, in analoga fattispecie, la pronuncia del diverso provvedimento concretamente emesso, per evitare che esso conservi la natura del provvedimento concreto, ma in relazione alla fattispecie analoga. In giurisprudenza tale peculiare requisito, nel tempo rimasto del tutto recessivo, è stato posto ad esempio in evidenza da Cass. Civ., 5 marzo 1947, cit.

(179) L'orientamento risulta talmente consolidato da portare RONCO A., *Appunti sparsi in tema di mancato deposito della sentenza appellata, di improcedibilità dell'appello e di correlazione fra forma e regime di impugnazione dei provvedimenti decisori*, in *Giur. It.*, 2000, I, p. 65, ad affermarne la «monoliticità».

(180) Su cui SORACE S., *Spunti intorno*, cit., p. 1658; DE DIVITIIS P., *Sulla teoria del Meistbegünstigung*, cit., p. 411, nota 3; CALIFANO G. P. – PERAGO C., *Le impugnazioni civili*, cit., p. 76; CARRATTA A., «Sostanza» del provvedimento abnorme, cit., *passim*; TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 85.

(181) Secondo TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 85, «ciò non accade quando il giudice eccede i suoi poteri, pronunciando provvedimenti c.d. abnormi». Per l'A., tale criterio giurisprudenziale si pone in armonia con la distinzione dalla stessa proposta (su cui cfr. *retro* Cap. II, p. 79), fra provvedimenti abnormi – inesistenti e provvedimenti abnormi – anomali non inesistenti. Sulla specifica questione attinente al requisito *sub a*) si ritornerà ancora *infra* Cap. IV, nel corso della Sez. I.

(182) Volendo, fin da ora, fornire un'elencazione esemplificativa delle pronunce succedutesi nel corso dei vari decenni, v. Cass. Civ., 13 dicembre 2001, n. 15746, in *Corr. Giur.*, 2002, p. 1593; Cass. Civ., 20 luglio 1999, n. 480, in *Giur. It.*, 1999, I, 1, p. 2242; Cass. Civ., 19 novembre 1996, n. 11095, in *Giur. It.*, 1997, I, 1, p. 1343; Cass. Civ., 26 gennaio 1995, n. 910, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1849; Cass. Civ., 26 agosto 1993, n. 9033, in *Foro it.*, 1994, I, p. 2846; Cass. Civ., 14 gennaio 1980, n. 290, in *Giur. It.*, 1981, I, 1, p. 277; Cass. Civ., 24 maggio 1980, n. 3426, in *Prev. Soc.*, 1980, p. 458; Cass. Civ., 15 marzo 1976, n. 952, in *Rep. Foro It.*, 1976, voce *Esibizione delle prove*, n. 3; Cass. Civ., 8 novembre 1972, n. 3342, in *Giur. It.*, 1972, I, 1, p. 1212; Cass. Civ., 25 marzo 1966, n. 795, in *Riv. Dir. Proc.*, 1967, p. 356; Cass. Civ., 20 giugno 1962, n. 1588, in *Giust. Civ.*, 1962, I, p. 1649; Cass. Civ., 27 maggio 1960, n. 1371, in *Giust. Civ.*, 1960, I, p. 1601; Cass. Civ., 2 settembre 1957, in *Giust. Civ. Mass.*, 1957, p. 1339; Cass. Civ., 27 maggio 1955, n. 1623, in *Giur. It.*, 1957, I, 1, p. 933; Cass. Civ., 28 febbraio 1955, in *Giust. Civ. Mass.*, 1955, p. 205. Per ulteriori riscontri si rinvia a quanto successivamente esposto nel testo, nonché ai relativi riferimenti citati in nota.

momento concentrare l'attenzione sugli effetti «*distorsivi*» (183) del secondo, può osservarsi come la sua rigida applicazione sia idonea a svilire, se non a contraddire, l'utilità concreta del principio secondo cui è irrilevante la forma che il provvedimento ha concretamente assunto (184).

Peraltro, come si analizzerà nel prossimo paragrafo, le criticità maggiori sono state riscontrate in tema di sottoscrizione dell'ordinanza anomala emanata dal giudice.

7.1.1. La problematica del difetto di sottoscrizione in relazione all'ordinanza avente sostanza di sentenza.

Come accennato, dunque, l'avvenuta identificazione del provvedimento in relazione alla materia trattata, nei casi di errore del giudice nella scelta del modulo, finisce per costituire solo il primo di una serie di passaggi, sulla scorta delle seguenti deduzioni: se il provvedimento si identifica nella sua sostanza, l'ordinanza avente contenuto di sentenza deve considerarsi una vera e propria sentenza, e quindi, per poter essere valida ed efficace, deve rispettarne anche le regole formali poste a pena di nullità (185).

(183) TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 85.

(184) Sulla specifica questione si possono in particolare apprezzare i contributi di CARRATTA A., *“Sostanza” del provvedimento abnorme e impugnazioni: le “sopravalutazioni formalistiche” della cassazione*, in *Corriere Giur.*, 2002, 12, p. 1594; nonché Id., *Sul provvedimento giudiziale c.d. abnorme e sui limiti della prevalenza della “sostanza” sulla “forma”*, in *Giur. It.*, 2000, p. 924.

(185) Così riassume CALIFANO G. P. – PERAGO C., *Le impugnazioni civili*, cit., p. 80. Peraltro, muovendo da tali rilievi, in dottrina è stato osservato che, invero, la giurisprudenza sembra sviluppare una sorta di illegittima conversione del provvedimento giurisdizionale concretamente emanato. Sul punto SORACE S., *Spunti intorno ai provvedimenti giudiziali civili*, cit., p. 1651: «*la tesi della prevalenza della sostanza sulla forma ai fini della qualificazione di provvedimenti giurisdizionali (...) deve ricorrere al non dimostrato principio della conversione degli atti processuali*»; ONDEI E., *Convertibilità dei provvedimenti*, cit., p. 579: «*in questo caso, alla tacita conversione dell'ordinanza in sentenza (ossia della forma del provvedimento adottata in quella che si doveva usare) si oppone sempre l'ostacolo che deriva dalla mancanza dei requisiti formali della sentenza*». In particolare, quest'ultimo A. fonda le sue ragioni nella disciplina degli artt. 1424 e 2701 c.c., secondo i quali l'atto nullo, per essere convertito in atto valido, deve avere i requisiti di sostanza e di forma di questo. Anche TARZIA G., *Profili*, cit., p. 87, riduce il fenomeno ad una volontà di conversione (alla rovescia), la cui «*ammissibilità nel campo degli atti processuali, è vivamente controversa*», in quanto a suo parere non si può ricorrere alla disposizione dell'art. 159, co. 3, c.p.c., stando alla quale «*l'atto può tuttavia produrre gli altri effetti ai quali è idoneo*»; essa, infatti, «*non consente una conversione qualitativa dell'atto, ma una riduzione quantitativa dei suoi effetti, mantenendo quelli che non sono inficiati dal vizio*» (spec. p. 93). Oltretutto, la conversione degli atti presuppone la loro inutilizzabilità agli stessi effetti dell'atto perfetto, e l'evenienza non può ravvisarsi nel fenomeno dell'atto annullabile, la cui validità ed efficacia sono escluse solamente a seguito di apposita dichiarazione di nullità ad opera del giudice. In quest'ultimo senso già CONSO G., *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., p. 49, nota 113. Ad ogni modo, cfr. sul tema anche la diversa opinione espressa da ZANZUCCHI T. – VOCINO C., *Diritto processuale civile*, 5^a ed., I, Milano, 1955, p. 424, i quali ravvisano

Un epilogo inaspettato, che trasforma la premessa in una promessa non mantenuta: la sorprendente rivalutazione dell'importanza del dato formale, infatti, finisce per inibire l'iniziale dichiarazione di intenti (186).

Volendo esemplificare, se il collegio, errando, dichiara con ordinanza l'inammissibilità del giudizio d'appello (187) per carenza del potere di impugnazione

nella disposizione *de qua* «una tal qual applicazione dell'istituto della conversione dell'atto dei negozi giuridici», sostenendo la piena legittimità del fenomeno in questione alle ipotesi di conversione dell'atto di impugnazione.

(186) TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 85, definisce questa tendenza giurisprudenziale un «effetto boomerang»; CERINO CANOVA A., *Ordinanza con contenuto di sentenza e sottoscrizione del provvedimento*, in *Giur. It.*, 1981, I, 1, p. 278, afferma che «il principio enunciato conduce ad un epilogo estremamente deludente dell'impugnazione». Motivo per cui ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, cit., p. 485, addita al principio della prevalenza della sostanza sulla forma, così come applicato in via giurisprudenziale, di essere divenuto un mero «slogan».

(187) Ovviamente, il riferimento inserito nel testo esula da quelle ipotesi in cui l'appello è dichiarato inammissibile dal giudice dell'impugnazione con ordinanza, *ex artt.* 348 *bis* e *ter* c.p.c., introdotti mediante l'art. 54, co. 1, lett. a) e d), d.l. 83/2012, conv. con mod. in l. 134/2012. Peraltro, mentre tale previsione è stata estesa alle controversie in materia di lavoro (art. 436 *bis* c.p.c.), viceversa, l'operatività dell'istituto è stata esclusa nel processo tributario (cfr. art. 54, co. 3 *bis*, medesimo d.l.). Stando a tale riforma, applicabile ai giudizi di appello introdotti a partire dall'11 settembre 2012 (v. art. 54, co. 2, medesimo d.l.), il giudice di appello può dichiarare inammissibile l'impugnazione quando non ha una ragionevole probabilità di accoglimento, eccetto nei casi in cui l'inammissibilità – o l'improcedibilità – dell'appello va dichiarata con sentenza. Inoltre, l'ordinanza non può essere emanata nelle cause di cui all'art. 70, co. 1, c.p.c., nonché quando l'appello è proposto *ex art.* 702 *quater* c.p.c. Il giudice deve adottare l'ordinanza nell'udienza *ex art.* 350 c.p.c., prima di procedere alla trattazione e previo contraddittorio fra le parti; quando all'appello principale segue quello incidentale, il provvedimento non può essere emanato se almeno un atto d'impugnazione esula dalla previsione dell'art. 348 *bis* c.p.c. L'ordinanza va succintamente motivata e con essa il giudice provvede alla liquidazione delle spese di lite. Sebbene sulla natura del filtro in appello si sono registrati, nella giurisprudenza di legittimità, due opposti indirizzi, stando all'orientamento attualmente prescelto dalle sezioni unite della Suprema Corte, la riforma ha immesso nel sistema una peculiare ipotesi di inammissibilità, implicante una valutazione di merito sulla manifesta infondatezza dell'appello proposto. Così Cass. Civ., 2 febbraio 2016, n. 1914, in *Giur. It.*, 2016, 6, p. 1371, con nota adesiva di CARRATTA A., *Le Sezioni Unite e i limiti di ricorribilità in Cassazione dell'ordinanza sul filtro in appello*, *ivi*, p. 1378; precedentemente, in tal senso, Cass. Civ., 27 marzo 2014, n. 7273, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, 5, p. 1581, con nota – sia consentito il riferimento – di CICCARE M., *Sull'impugnazione dell'ordinanza ex artt. 348 bis e ter c.p.c.*, *ivi*, p. 1582; *contra* Cass. Civ., 17 aprile 2014, nn. 8940, 8941, 8942, 8943, in *Foro It.*, 2014, I, p. 1414. Anche la dottrina dominante concorda sul punto: per riferimenti v. i principali contributi di BALENA G., *Le novità relative all'appello nel d.l. n. 83/2012*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2013, p. 335; BRIGUGLIO A., *Un approccio minimalista alle nuove disposizioni sull'ammissibilità dell'appello*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2013, p. 578; BUFFONE G., *Il filtro di appello come «giudizio anticipatorio» (prime osservazioni attorno agli artt. 348bis e 348ter c.p.c.)*, in www.ilcaso.it; CAPONI R., *Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in cassazione nel processo civile*, in www.judicium.it; ID., *Rispetto all'obiettivo della «crescita del paese» gli interventi sul processo civile sono adeguati?*, in *Guida Dir.*, 2012, 33 – 34, p. 9; CARRATTA A., *Ordinanza sul «filtro» in appello e ricorso per cassazione*, in *Giur. It.*, 2014, p. 1106; CONSOLO C., *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di svaporamento*, in *Corr. Giur.*, 2012, p. 1135; COREA U., *La riforma dell'appello nel processo del lavoro*, in www.judicium.it; COSTANTINO G., *Le riforme dell'appello civile e l'introduzione del filtro*, in www.treccani.it; DE CRISTOFARO M., *Appello e cassazione alla prova dell'ennesima «riforma urgente»: quando i rimedi peggiorano il male (considerazioni di prima lettura del d.l. n. 82/2012)*, in www.judicium.it; GALLETTO T., *«Doppio filtro» in appello, «doppia conforme» e danni collaterali*, in www.judicium.it; IMPAGNATIELLO G., *Crescita del Paese e funzionalità delle impugnazioni civili: note a prima lettura del d.l. 83/2012*, in www.judicium.it; ID., *Il «filtro» di ammissibilità dell'appello*, in *Foro It.*,

(188), è chiaro che il provvedimento verrà emanato in conformità all'art. 134 c.p.c., ed in particolare la sottoscrizione verrà effettuata dal solo presidente.

Ora, applicando a questa vicenda il criterio giurisprudenziale *sub b)*, la conseguenza è che l'ordinanza in concreto adottata dovrà sottostare alla disciplina sul contenuto formale della sentenza; il fulcro del problema, nello specifico, è costituito dalla previsione dell'art. 132, co. 2, n. 5, c.p.c., in quanto si richiede la duplice sottoscrizione del Presidente e del giudice estensore.

Sotto questo punto di vista, siccome il differente *modus* di sottoscrizione costituisce un requisito indispensabile ed esclusivo della disciplina di forma contenuto della sentenza (189), il provvedimento emanato finirà per essere considerato formalmente invalido.

2012, V, p. 296; MONTELEONE G., *Il processo civile in mano al governo dei tecnici*, in *www.judicium.it*, p. 2; PAGNI I., *Gli spazi per le impugnazioni dopo la riforma estiva*, in *Foro It.*, 2012, V, p. 302; PANZAROLA A., *Commento agli artt. 348bis, 436bis, 447bis*, in *Commentario alle riforme del processo civile, dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, a cura di MARTINO R. – PANZAROLA A., Torino, 2013, p. 638; ID., *Le prime applicazioni del c.d. filtro in appello*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2013, p. 717; POLI R., *Il nuovo giudizio di appello*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, p. 133; SCARSELLI G., *La riforma dell'appello civile*, in *Foro It.*, 2012, V, p. 292; VERDE G., *Processo civile: con un nuovo «filtro» in appello garanzie e tradizione giuridica segnano il passo*, in *Guida Dir.*, 2012, 30, p. 6. Viceversa, parte minoritaria della dottrina si è schierata a favore dell'orientamento giurisprudenziale poi rimasto del tutto recessivo: sul punto BOVE M., *La pronuncia di inammissibilità dell'appello ai sensi degli articoli 348 bis e 348 ter c.p.c.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2013, p. 394; FRASCA R., *Spigolature sulla riforma di cui al d.l. n. 83 del 2012, convertito, con modificazioni, nella l. n. 134 del 2012*, in *www.judicium.it*.

(188) Il dato può considerarsi pacifico sia in dottrina che in giurisprudenza. Infatti, a seguito di l. 353/1990, con la quale è stato abrogato l'art. 357 c.p.c. recante disposizioni in merito alla reclamabilità dell'ordinanza che dichiarava, fra l'altro, l'inammissibilità del giudizio di appello per difetti in rito dell'impugnazione proposta (contrapposti agli odierni artt. 348 *bis* e *ter* c.p.c., su cui ampiamente v. la nota precedente), ad oggi essa va resa in forma di sentenza. Per ricognizioni sul tema v. CARRATTA A., «Sostanza» del provvedimento *abnorme*, cit., *passim*; CHIARLONI S., voce *Appello (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1995, p. 20; PROTO PISANI A., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991, p. 206; TARZIA G., *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano 1996, p. 251. In giurisprudenza, fin dai primi tempi di applicazione della riforma, v. ad es. Cass. Civ., 28 agosto 2003, n. 12537; Cass. Civ., 13 dicembre 2001, cit.; Cass. Civ., 17 aprile 2001, n. 5610; Cass. Civ., 27 settembre 2000, n. 12803, in *Giur. It.*, 2001, p. 1123; Cass. Civ., 29 maggio 1999, n. 5250.

(189) Ciò a differenza degli altri due moduli tipizzati (cfr. *retro* Cap. II, p. 94). In effetti, considerando che, verosimilmente, sia l'ordinanza che la sentenza possono allo stesso modo recare l'indicazione delle parti e del giudice, la motivazione (per quanto teoricamente succinta in relazione all'ordinanza), il dispositivo, nonché la data di deliberazione, la *sostanziale* differenza fra questi due moduli finisce, in definitiva, per essere ricondotta al diverso *modus* di sottoscrizione necessario. Difatti, le altre possibili discrepanze, compreso il *nomen* del provvedimento e l'intestazione, possono pacificamente definirsi, volendo utilizzare le parole di CERINO CANOVA A., *Ordinanza con contenuto di sentenza*, cit., p. 278, come «di scarsa consistenza». Peraltro, come già visto in precedenza *retro* Cap. II, p. 120, nota 227, anche la giurisprudenza concorda nel ritenere errori meramente materiali tali carenze od omissioni.

Che poi, peraltro, la giurisprudenza non contesta l'invalidità dell'ordinanza emanata, bensì, di fatto, quella della sentenza che il giudice avrebbe dovuto emanare; ma evidentemente – ed in ciò risiede appunto l'errore – non ha emanato (190).

Il rilievo appena effettuato è emblematico, ed è idoneo ad evidenziare le forti criticità dell'istituto ogni volta in cui venga applicato in omologhe fattispecie, ove cioè il giudice collegiale abbia per errore deciso con ordinanza anziché sentenza (191).

Infatti, per lungo tempo la giurisprudenza ha ricondotto questa ipotesi di pseudo sentenza con sottoscrizione insufficiente alla violazione prevista dall'art. 161, co. 2, c.p.c., con il risultato di innescare, sempre in applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma:

a) l'*iter* di rimessione del procedimento al giudice di primo grado ex art. 354, co. 1, c.p.c., qualora il provvedimento anomalo diverso dalla sentenza sia stato appellato (192);

(190) A tal proposito, come visto, parte delle critiche sono state proprio incentrate su questa singolare ipotesi di conversione dell'atto processuale. Sul tema in generale della conversione dell'atto processuale v. SATTA G., *La conversione nei negozi giuridici*, Milano, 1903; FERRARA F., *Sulla conversione del negozio giuridico processuale*, in *Studi in onore di C. Fadda*, I, Napoli 1906, p. 233; BETTI E., voce *Conversione del negozio giuridico (diritto vigente)*, in *N.ssimio Dig. It.*, IV, Torino, 1959; BIGLIAZZI GERI L., voce *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962; CECI D., *Sulla conversione del negozio giuridico*, in *Il nuovo Dir.*, 1968, p. 158.

(191) CHIARLONI S., *Un caso di conflitto tra funzione nomofilattica e legittimo affidamento delle parti processuali (in tema di forma dovuta e forma effettiva dei provvedimenti possessori definitivi)*, in *Giur. It.*, 1999, p. 2243, parla a tal proposito di un «intricato pasticcio», definendo comunque l'orientamento citato nel testo come «*dans les règles*» per la giurisprudenza di legittimità. Preme comunque precisare che il principio della prevalenza della sostanza sulla forma applicato alle ipotesi di ordinanza possessoria sprovvisa del termine per l'introduzione del successivo giudizio di merito sia, in riferimento al periodo in cui è stato fatto proprio dalla giurisprudenza nonché precedentemente all'intervento legislativo che ha eliminato in radice la problematica, come del tutto fuorviante. Ciò in quanto, come osservato dallo stesso A., «*la Corte dimentica che la dottrina in discorso è nata per rimediare agli errori compiuti dal giudice nello scegliere la forma del provvedimento. Ma quando il giudice ha emanato il suo provvedimento esattamente nella forma richiesta dalla legge, la dottrina della prevalenza della sostanza sulla forma non può mai applicarsi con la sopra sola menzionata accezione [di sentenza in senso sostanziale] introdotta dal diritto vivente per consentire il ricorso straordinario in cassazione contro i provvedimenti a contenuto decisorio non altrimenti controllabili in sede di impugnazione*».

(192) Stando al combinato disposto degli artt. 353 e 354 c.p.c., «*il giudice d'appello, se riforma la sentenza di primo grado dichiarando che il giudice ordinario ha sulla causa la giurisdizione negata dal primo giudice, pronuncia sentenza con la quale rimanda le parti davanti al primo giudice*», così come quando egli «*dichiari nulla la notificazione della citazione introduttiva, oppure riconosca che nel giudizio di primo grado doveva essere integrato il contraddittorio o non doveva essere estromessa una parte, ovvero dichiari la nullità della sentenza di primo grado a norma dell'articolo 161, secondo comma*», nonché, infine, quando «*rimette la causa al primo giudice anche nel caso di riforma della sentenza che ha pronunciato sull'estinzione del processo a norma e nelle forme dell'articolo 308*». La lettura che la dottrina maggioritaria fornisce di queste disposizioni è nel senso della loro tassatività, non potendo il giudice di appello rimettere al giudice di primo grado la causa per ipotesi diverse da quelle espressamente previste – come ad esempio nel caso di nullità della citazione introduttiva – in virtù del

b) la cassazione con rinvio al giudice che aveva pronunciato la sentenza annullata, nel caso in cui sia stato proposto ricorso alla Suprema Corte (193).

Ricapitolando, se per un verso il provvedimento anomalo diverso dalla sentenza viene attratto nei mezzi di impugnazione di quest'ultima, per l'altro il procedimento in

principio del doppio grado di giurisdizione. Così ANDRIOLI V., *Commento*, II, cit., p. 478; TARZIA G., *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, 2^a ed., Milano, 2002, p. 330; VERDE G., *Profili del processo civile*, II, cit., p. 271; CHIARLONI S., voce *Appello (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1988, p. 18; nonché, evidenziando *de iure condendo* numerose criticità, CONSOLO C., *La rimessione in primo grado e l'appello come gravame sostitutivo (una disciplina in crisi)*, in *Jus*, 1997, p. 83 ss. Su un'opposta direttrice si è viceversa posto chi ha sostenuto una generale applicabilità analogica degli artt. 353 e 354 c.p.c.: in particolare TOFFOLI S., *Sulla possibilità, e i limiti, dell'applicazione in via analogica delle disposizioni degli artt. 353 e 354 c.p.c. in tema di rinvio della causa al primo giudice da parte del giudice d'appello*, in *Foro It.*, 1996, I, p. 1302. La restante parte della dottrina, invece, può dirsi assestata su una posizione intermedia, stando alla quale l'analogia potrebbe ammettersi con specifico riguardo alle ipotesi di rimessione che si riferiscono al rilievo in appello di vizi del procedimento particolarmente gravi ma suscettibili di sanatoria *ex tunc*; in questi casi, infatti, la *ratio* della rimessione non sarebbe legata al rispetto del principio del doppio grado di giurisdizione, ma consisterebbe nel garantire la salvezza degli effetti della domanda: in questo senso SASSANI B., voce *Appello (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, agg., III, Milano, 1990, p. 198; OLIVIERI R., *La rimessione al primo giudice nell'appello civile*, cit., p. 249. Volendo approfondire ulteriormente gli aspetti storici dell'istituto, il rinvio può essere effettuato a BALENA G., *La rimessione della causa al primo giudice*, cit., p. 19 ss.; sul tema cfr. infine LUISO F. P., voce *Appello nel diritto processuale civile*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, I, Torino, 1987, p. 385. Anche l'orientamento giurisprudenziale dominante condivide il principio di tassatività delle ipotesi di rimessione della causa al giudice di primo grado: *ex multis*, Cass. Civ., 22 luglio 2009, n. 17161; Cass. Civ., 8 gennaio 2007, n. 91; Cass. Civ., 17 marzo 2006, n. 5907; Cass. Civ., 26 ottobre 1999, n. 12052, in *Mass. Giur. It.*, 1999; Cass. Civ., 3 ottobre 1995, n. 10389, in *Foro It.*, 1996, I, p. 1297; Cass. Civ., 22 luglio 2009, n. 17161. Ciò chiarito sul piano generale, vi è totale convergenza, sia in dottrina (oltre agli A. già citati, v. MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 497 ss.; BALENA G., *La rimessione della causa al primo giudice*, cit., p. 47; LORENZETTO PESERICO A., *Inesistenza della sentenza e rimessione al giudice di primo grado*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1977, p. 517) che in giurisprudenza (ad es. Cass. Civ., 31 maggio 2013, n. 13776, in *Fisco online*, 2013; Cass. Civ., 28 settembre 2006, n. 21049) nel ritenere che l'ipotesi di provvedimento giuridicamente inesistente *ex art.* 161, co. 2, c.p.c., per mancata sottoscrizione del giudice sia soggetto alla disciplina di cui all'art. 354 c.p.c. Ad ogni modo, si anticipa che il florilegio delle opinioni offerto dal panorama letterario riguarda il tema della specifica individuazione del vizio comportante difetto di sottoscrizione rilevante ai fini dell'applicazione di tale disciplina (sul punto v. a breve nel testo). Da ultimo va segnalato che, sul piano logico, sebbene le ipotesi di rimessione al giudice di primo grado vengano considerate dalla dottrina maggioritaria come tassative, il vizio di cui all'art. 161, co. 2, c.p.c., è idoneo a recare in sé l'intera casistica di inesistenza giuridica della sentenza ricavata in via interpretativa a partire da questa disposizione. In dottrina si rinvia sulla questione a BESSO C., *Omessa sottoscrizione della sentenza: possibili rimedi*, in *Giur. It.*, 2002, p. 1859; per la giurisprudenza v. Cass. Civ., 21 dicembre 2000, n. 16045, *Mass. Giur. It.*, 2000; Cass. Civ., 7 agosto 1999, n. 8521, in *Mass. Giur. It.*, 1999; Cass. Civ., 19 dicembre 1980, n. 6558, in *Foro It.*, 1981, I, p. 1072.

(193) Fra l'altro, è questa l'ipotesi che si realizza nell'esempio riportato nel testo, ovvero quando il giudice di appello, per errore, abbia pronunciato l'inammissibilità dell'impugnazione con ordinanza, anziché mediante sentenza. In tali ipotesi, per CARRATTA A., «*Sostanza*» del provvedimento *abnorme*, cit., il ricorso al principio della prevalenza della sostanza «*non è sufficiente a superare i vizi formali che, comunque, il c.d. provvedimento abnorme presenta*».

tal modo instaurato viene travolto dalla dichiarazione di invalidità, risolvendosi in un nulla di fatto (194).

Si può allora notare come la teoria della prevalenza della sostanza, nata principalmente per garantire tutela alle parti nei confronti degli errori del giudice, finisca, nella sua concreta applicazione, per creare loro un pregiudizio più grave di quello che avrebbe dovuto risolvere (195); e ciò, ironia della sorte, proprio a causa di un difetto formale del provvedimento (196).

Oltretutto, in giurisprudenza, muovendo dai medesimi presupposti, è stato ricavato un ulteriore elemento di complessità per la parte interessata ad impugnare il provvedimento anomalo: infatti, il termine per l'impugnazione viene parametrato su quello del provvedimento non adottato. I riflessi pratici di tale principio possono essere ben illustrati ponendo il caso del giudice istruttore che, per errore, dichiara l'estinzione del processo con sentenza, in violazione dell'art. 178, co. 2, c.p.c. In questa ipotesi, lungi dalla possibilità di reclamare la sostanziale ordinanza nel termine di decadenza di 6 mesi dalla pubblicazione, ovvero nel termine di 30 giorni, qualora sia stata oggetto di notifica, la parte dovrà reclamarla «*nel termine perentorio di dieci giorni*» (197), pena l'inammissibilità del mezzo di contestazione proposto (198).

(194) Ragione per cui SORACE S., *Spunti intorno*, cit., p. 1651, dopo aver definito «*progressista solo nelle apparenze*» la teoria della prevalenza della sostanza sulla forma, opta per l'accoglimento della teoria inversa.

(195) RONCO A., *Appunti sparsi in tema di mancato deposito della sentenza appellata, di improcedibilità dell'appello*, cit., p. 68, riproponendo sostanzialmente l'impostazione di Garbagnati (su cui a breve nel testo), afferma che «*quando l'ordinanza od il decreto sono impugnabili come sentenze, i requisiti della loro sottoscrizione si valutano secondo il paradigma normativo (non dell'art. 132, ma) degli artt. 134 e 135 c.p.c.*». L'A., in ogni caso, anche ponendosi nell'ottica giurisprudenziale, considera come eccessiva la sanzione dell'inesistenza giuridica nelle ipotesi in cui la sottoscrizione dell'ordinanza avente contenuto di sentenza sia stata effettuata da un solo giudice, anziché dal Presidente e dall'estensore. Il ragionamento è articolato *a fortiori* e parte dalla constatazione che, ex art. 50 *quater* c.p.c., la sentenza erroneamente emanata dal giudice in composizione monocratica, anziché dal collegio, è sottratta al regime proprio dell'art. 161, co. 2, c.p.c. Dunque, non v'è motivo, in queste omologhe fattispecie, di applicare rigidamente il regime di inesistenza giuridica del provvedimento emanato.

(196) Il delicato problema è capire se lo scambio di forma, di per sé, integri o meno un vizio da rimuovere. Partendo dal presupposto che l'ordinanza anomala deve possedere i requisiti minimi indispensabili del modulo richiesto dalla legge, la giurisprudenza in materia di prevalenza della sostanza sulla forma si è focalizzata, come visto nel testo, sulla questione della sottoscrizione del provvedimento. Giungendo, il più delle volte, a conclusioni inaspettate: l'inevitabile difetto di sottoscrizione del relatore deve essere assimilato al vizio di cui all'art. 161, co. 2, c.p.c., con il risultato di una dichiarazione di inesistenza giuridica del provvedimento e conseguente rimessione della causa al primo giudice ai sensi dell'art. 354, co. 1, c.p.c. (v. ancora in termini Cass. Civ., 8 febbraio 2008, n. 3128 e Cass. Civ., 19 dicembre 1990, n. 12021; Cass. Civ., 14 gennaio 1980, n. 290, cit., p. 277).

(197) Così, per estratto, l'art. 178, co. 3, c.p.c.

(198) In passato, la giurisprudenza è del pari arrivata a dichiarare «*inammissibile il reclamo notificato dopo la scadenza del termine per la proposizione dell'appello*» (così Cass. Civ., sez. un., Sent.

7.1.2. I suoi possibili correttivi.

La dominante impostazione giurisprudenziale sul modo di intendere il principio di prevalenza della sostanza sulla forma ha saputo resistere anche al cospetto di possibili espedienti volti a neutralizzare le conseguenze (199), in punto di invalidità, del provvedimento recante sottoscrizione insufficiente, mediante ricostruzioni ermeneutiche dell'art. 161, co. 2, c.p.c. in termini maggiormente restrittivi (200).

Ad esempio, la Suprema Corte ha in passato escluso la sussistenza del vizio in questione purché risulti da circostanze oggettive che tutti i giudici abbiano partecipato alla deliberazione del provvedimento carente di sottoscrizione (201).

Inoltre, è del pari rimasto recessivo l'indirizzo ermeneutico che, nei casi di ordinanza con contenuto di sentenza sottoscritta dal solo presidente, ha ritenuto l'opportunità di presumere da circostanze oggettive che, *ex art. 276, co. 5, c.p.c.*, la firma sia stata apposta dal Presidente anche in qualità di relatore (202).

20 luglio 1999, n. 480, in *Giur. It.*, 1999, p. 2242) nei confronti di un'ordinanza possessoria conclusiva della fase interdittale (c.d. secca), a fronte della necessaria natura bifasica del procedimento. In particolare, l'abnormità è stata ravvisata nell'aver privato la parte della fase di merito, che si sarebbe poi dovuta concludere con l'emanazione di una sentenza ordinariamente appellabile.

(199) Ciò, peraltro, al contrario di quanto avvenuto nel processo penale, ove, come già osservato *retro* Cap. I, Sez. I, p. 61, nota 261, Cass. Pen., 6 febbraio 1967, cit., p. 1175, in applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma, afferma che la validità della decisione va comunque valutata sulla base della disciplina legislativa dettata per il tipo di provvedimento effettivamente emanato, non già rispetto a quella prevista per la forma che avrebbe dovuto assumere per legge.

(200) Per la costante riaffermazione del principio, limitata alle pronunce avutesi nel primo decennio del nuovo millennio e senza pretesa di completezza, v. Cass. Civ., 29 gennaio 2010, n. 2134; Cass. Civ., 30 dicembre 2009, n. 27719; Cass. Civ., 8 febbraio 2008, n. 3128, in *Mass. Giur. It.*, 2008; conformi Cass. Civ., 22 giugno 2007, n. 14592; Cass. Civ., 6 aprile 2006, n. 8041; Cass. Civ., 18 gennaio 2005, n. 950; Cass. Civ., 2 settembre 2004, n. 17772, Cass. Civ., 22 giugno 2007, n. 14592; Cass. Civ., 6 aprile 2006, n. 8041. Viceversa, in relazione alle decisioni più recenti sul tema, cfr. quanto si dirà a breve nel testo.

(201) In tal senso in passato Cass. Civ., 5 marzo 1947, n. 317, cit., p. 29. In letteratura cfr. in particolare SORACE S., *Spunti intorno ai provvedimenti giudiziali*, cit., p. 1665, il quale, identificata appunto la *ratio* dell'art. 161, co. 2, c.p.c. nell'indispensabilità della partecipazione di tutti i giudici alla deliberazione, afferma che non integra un'ipotesi di inesistenza giuridica il provvedimento decisorio collegiale firmato dal solo Presidente, se ed in quanto tutti i giudici abbiano partecipato alla deliberazione. Preme peraltro precisare ancora che l'A. propende per l'applicazione del principio della prevalenza del regime giuridico applicabile in base al provvedimento effettivamente emanato.

(202) Cass. Civ., 8 giugno 1998, n. 5640, in *Giur. It.*, 1999, p. 703; Cass. Civ., 29 maggio 1999, n. 5250, in *Giur. It.*, 2000, p. 924; Cass. Civ., 26 gennaio 1999, in *Guida al Dir.*, 1999, VIII, p. 61. In dottrina, ad ogni modo, CARRATTA A., «*Sostanza*» del provvedimento *abnorme*, cit., ha evidenziato in tali ipotesi una «*forzatura del testo dell'art. 276, comma 5, c.p.c.*»; in effetti, la presunzione di coincidenza prevista in detta disposizione è meramente fra il relatore della causa e l'estensore della motivazione. Fra l'altro, la stessa Cass. Civ., 26 gennaio 1999, cit., avanza scetticismi sull'agevole applicazione del principio, in quanto difficilmente evincibile dalle dinamiche del caso concreto.

È stata poi rifiutata la trasposizione di un ulteriore orientamento giurisprudenziale, stando al quale il regime di inesistenza non avrebbe potuto verificarsi per ipotesi diverse da quelle del rifiuto cosciente e deliberato del giudice a sottoscrivere (203), come ad esempio nei casi di distrazione, emendabili ricorrendo alla procedura di correzione materiale del provvedimento (204).

Insomma, nonostante nel corso del tempo la giurisprudenza di legittimità abbia sperimentato molteplici impostazioni al fine di sottrarre dall'ambito applicativo dell'art. 161, co. 2, c.p.c. (205), le evenienze in cui la sottoscrizione della sentenza sia stata effettuata, pur se da un solo giudice (206), ciò non è stato di alcun ausilio per risolvere le criticità mostrate dal principio di prevalenza della sostanza sulla forma nella sua applicazione alle ordinanze collegiali aventi sostanza di sentenza (207).

Ne è stato dato seguito alle opinioni avanzate da taluno in dottrina, stando alle quali la *ratio* dell'art. 161, co. 2, c.p.c., non può estendersi fino al punto di equiparare (208), dal punto di vista dell'inefficacia della sentenza, la fattispecie della sottoscrizione

(203) Così Cass. Civ., 19 febbraio 1948, n. 259, in *Giur. It.*, 1950, I, 1, p. 270; Cass. Civ., 15 marzo 1952, n. 694, in *Giur. It.*, 1952, I, 1, p. 907.

(204) Per ulteriori riferimenti v. BOCCAGNA S., *Errore materiale e correzione dei provvedimenti*, Napoli, 2012, p. 39 ss. Diversa è invece la fattispecie in cui l'omissione risulta meramente nell'intestazione della sentenza; in relazione a tale evenienza, il procedimento di correzione appare di certo il modello preferibile per emendare l'imperfezione, in quanto l'intestazione, siccome riproduce i dati del verbale dell'udienza di discussione, è integrabile sulla base di questo. Così in giurisprudenza Cass. Civ., 30 luglio 1998, n. 7486, in *Giust. Civ.*, 1999, I, p. 796, con nota adesiva di AULETTA F., *Sulla correzione della sentenza sottoscritta dal presidente e dall'estensore ma priva dell'indicazione del nome del terzo magistrato*, ivi, p. 797.

(205) Peraltro, sono rintracciabili ulteriori sfumature prospettiche delle impostazioni sintetizzate nel testo, per la cui trattazione si rinvia agli studi di BESSO C., *La sentenza civile inesistente*, cit., p. 291 ss.; AULETTA F., *Nullità ed inesistenza*, cit., p. 207 ss.; BALENA G., *La rimessione della causa al primo giudice*, cit., p. 244 ss. Attualmente sul tema v. il più recente contributo di CONSOLO C., *La sottoscrizione manchevole, ma non mancante («omessa») in una prospettiva neo – processual – civilista*, in *Corr. Giur.*, 2014, p. 893 ss.

(206) Da segnalare la possibilità di superare l'*impasse* facendo ricorso agli insegnamenti di Cass., 20 maggio 2014, n. 11021, in *Corr. Giur.* 2014, p. 967, stando alla quale la sottoscrizione interamente omessa si distingue dall'ipotesi in cui essa sia meramente insufficiente per difetto di firma del relatore. Per quest'ultimo caso vale una presunzione di accidentalità del vizio, che ha come conseguenza pratica l'inapplicabilità della disciplina facente capo all'art. 161, co. 2, c.p.c. Sul punto si rimanda all'interessante commento di CONSOLO C., *La sottoscrizione manchevole, ma non mancante («omessa»)*, cit., spec. pp. 894 – 895; cfr. anche AULETTA F., *La nullità (sanabile) della sentenza che manca della sottoscrizione di «un» giudice*, in *Foro It.*, 2014, I, p. 2078.

(207) Per l'impatto in questa materia della riforma istitutiva il c.d. giudice unico in primo grado v. a breve nel testo. Si segnala peraltro che anche il giudice di pace è organo decisorio monocratico.

(208) Ne ammette invece l'equiparazione CARNELUTTI F., *Omessa sottoscrizione della sentenza*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1954, II, p. 8, «il difetto della sottoscrizione di uno tra essi [magistrati] equivale al difetto di tutte le sottoscrizioni», con la conseguenza che risulta applicabile il regime previsto per i casi di inesistenza giuridica della decisione; concordi anche DENTI V., voce *Nullità*, cit., p. 484, nonché LANCELLOTTI F., voce *Sentenza*, cit., p. 1121.

del tutto mancante, con quella, di certo più lieve, della sottoscrizione meramente insufficiente (209).

In definitiva, può osservarsi come le varie ricostruzioni alternative, al di là della loro condivisibilità, sono state incapaci per lungo tempo di «*abbattere il muro della giurisprudenza*» (210). Solo di recente, invero, la Suprema Corte sembra essersi assestata su una soluzione di compromesso, per cui, ferma l'identificazione del provvedimento «*solo avendo riguardo alla sostanza*» il rispetto dei requisiti formali dovrà essere condotto sulla base della «*disciplina propria del tipo di provvedimento adottato, ancorché erroneamente, dal giudice*» (211). Ad ogni modo, come si illustrerà in seguito, anche questa ricostruzione lascia del tutto insoddisfatte le più basilari esigenze di armonia del sistema (212).

A margine dell'esposizione è opportuno dar conto della riforma avutasi con il d.lgs. 51/1998, che ha introdotto la figura del giudice unico in primo grado, con attribuzioni residuali rispetto a quelle espressamente riservate al collegio *ex art. 50 bis*

(209) In tale direzione AULETTA F., *Nullità e inesistenza*, cit., p. 207 ss., spec. p. 213, nota 64, il quale non riconduce le ipotesi di sottoscrizione insufficiente alla disposizione *de qua*, considerandole ipotesi di nullità formale *ex art. 132 c.p.c.*; v. anche ID., *Sottoscrizione mancante, sottoscrizioni insufficienti: precisazioni sull'art. 161, 2° comma, c.p.c.*, in *Giust. Civ.*, 2001, I, p. 935. Diversamente, BALENA G., *La rimessione*, cit., p. 241, propende per identificare siffatte evenienze nel vizio di costituzione del giudice *ex art. 158 c.p.c.* Va segnalata anche la posizione di SATTA S., *Commentario*, I, cit., p. 548, per il quale è possibile ammettere la correzione dell'errore materiale ai sensi degli artt. 287 e 288 c.p.c. se «*si abbia la certezza testuale della identità del giudice, cioè della persona che ha assistito alla discussione e ha deliberato la sentenza*» Peculiare anche il contributo di TORRENTE A., *Ancora sull'ammissibilità del procedimento di correzione nel caso di omissione nella sottoscrizione della sentenza*, in *Foro It.*, 1954, I, p. 448, per il quale sarebbe possibile integrare – *id est* completare – la sentenza anche dopo la pubblicazione della sentenza e l'eventuale impugnazione. Ma su queste ultime due impostazioni v. in senso decisamente contrario CONIGLIO A., *Nullità della sentenza ed errori materiali*, in *Foro It.*, 1948, II, p. 614. Viceversa, BESSO C., *Omessa, parziale, sottoscrizione della sentenza e rinnovazione della decisione*, in *Corr. Giur.*, 2006, 10, p. 1435, intende riproporre la distinzione fra omissione involontaria e rifiuto volontario di firma, reputando vizio di inesistenza giuridica della decisione soltanto quest'ultimo.

(210) Così TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 92. In effetti, *ex multis*, per Cass. Civ., 8 novembre 2010, n. 22705, in *Rep. Foro It.*, 2010, voce *Sentenza civile*, n. 30, la sottoscrizione insufficiente «*rende la predetta sentenza viziata da nullità insanabile ex art. 161, 2° comma, c.p.c. che può essere fatta valere anche in sede di giudizio di cassazione e, ove non allegata dalla parte, rilevata anche d'ufficio*», con la conseguenza che «*pur in esito al giudizio di cassazione, la causa va rimessa al medesimo giudice che ha pronunciato la sentenza carente di sottoscrizione (...); trattasi, invero, di rinvio improprio o restitutorio giustificato dal rilievo che il giudizio di gravame, siccome definito con sentenza radicalmente nulla, deve ritenersi come non avvenuto, per cui lo stesso non va sostituito (...), ma va rinnovato*» (quest'ultima precisazione si ritrova anche in Cass. Civ., 28 settembre 2006, n. 21049, in *Rep. Foro It.*, 2007, voce *Sentenza civile*, n. 54).

(211) Il riferimento è a Cass. Civ., 24 marzo 2006, n. 6600, in *Giur. It.*, 2007, IV, p. 947. Tale tendenza sembra essere stata confermata in via generale da Cass. Civ., 2 ottobre 2012, n. 16727, in *Giur. It.*, 2013, 7, p. 1623.

(212) Il discorso verrà ripreso *infra* Cap. IV, Sez. II, p. 242.

c.p.c. Infatti, il problema della sottoscrizione nemmeno si pone per le controversie attribuite al tribunale in composizione monocratica, in quanto, sentenza o ordinanza qual si voglia definire il provvedimento, esso non può che recare sempre la sottoscrizione del medesimo soggetto giudicante. La situazione, peraltro, non muta neanche quando siano violate le regole di attribuzione fra tribunale collegiale e monocratico, stante lo specifico disposto dell'art. 50 *quater* c.p.c. (213).

Ad ogni modo, non sembra corretto affermare la scomparsa della problematica, in quanto la riforma, sotto questo punto di vista, ha avuto il solo effetto di «limitare i danni»; viceversa, le problematiche risultano ancora attuali nelle controversie riservate alla trattazione collegiale, nonché, ad esempio, per i giudizi dinanzi alle Corti di appello.

7.2. Il principio della prevalenza del regime giuridico astrattamente previsto per legge e la sua applicazione nel processo ordinario di cognizione.

Come ampiamente appurato, la teoria della prevalenza della sostanza sulla forma mira fondamentalmente ad individuare il provvedimento in ossequio alla materia cui inerisce, con la conseguenza che sia la scelta del mezzo di impugnazione, sia la valutazione dei vizi afferenti la decisione oggetto di contestazione, avviene in armonia con le prescrizioni dettate dalla legge per il tipo di provvedimento che avrebbe dovuto essere emanato.

In dottrina, Garbagnati, accortosi delle problematiche sottese a tale rigida impostazione, ha fornito una visione del principio in termini di prevalenza della forma prescritta per legge rispetto a quella adottata in concreto dal giudice (214), con il fine di superare i principali ostacoli giurisprudenziali analizzati in precedenza (215). Ad ogni modo, anche tale soluzione trova giustificazione in esigenze di giustizia e legalità.

(213) Art. 50 *quater* c.p.c.: «*le disposizioni di cui agli articoli 50-bis e 50-ter non si considerano attinenti alla costituzione del giudice. Alla nullità derivante dalla loro inosservanza si applica l'articolo 161, primo comma*». Sul punto cfr. ancora RONCO A., *Appunti sparsi in tema di mancato deposito della sentenza appellata*, cit., p. 70.

(214) Anche FAZZALARI E., *Il giudizio civile in cassazione*, Milano, 1960, p. 56, condivide le conclusioni di Garbagnati, affermando che «*per stabilire di che provvedimento veramente si tratti, non è già necessario riferirsi all'aleatorio parametro della sostanza, ma basta far capo al modello normativo dell'atto, e, ivi, contemplare la forma di sentenza*».

(215) Per TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 91, nota 328, la teoria di Garbagnati va intesa nel senso che la prevalenza della sostanza debba essere applicata solo «*al fine di individuare il*

Stando alla ricostruzione dell'Autore, dunque, se l'appellabilità del provvedimento decisorio erroneamente emanato in forma di ordinanza dipende esclusivamente dal fatto che avrebbe dovuto assumere la forma di sentenza, ne discende che il vizio non può essere costituito dalla forma in concreto adottata, bensì dalla scelta di adottare quella determinata forma.

Sotto questa rinnovata prospettiva, la mancanza del requisito formale della duplice sottoscrizione costituisce l'inevitabile effetto di un vizio generatosi a monte: un *error in procedendo* per avere il giudice scelto «una forma diversa da quella prescritta dall'art. 279 per l'esercizio del potere decisorio» (216).

Quanto all'ordinanza effettivamente emanata, il modello di riferimento continua ad essere quello dell'art. 134 c.p.c.: se viene rispettato essa è di per sé scevra da vizi comportanti l'annullamento con rinvio della causa giudice del primo grado (217).

Dunque, il principale aspetto positivo di queste osservazioni risiede proprio nel diverso impatto della rilevazione del vizio: infatti, stante il carattere tassativo dell'art. 354, co. 1, c.p.c. (218), la violazione dell'art. 279, co. 2, c.p.c., potrà essere sanata direttamente dal giudice dell'appello mediante decisione sostitutiva nel merito della controversia, tutelando così le parti da evidenti conseguenze pregiudizievoli (219).

rimedio utilizzabile, non anche per verificare la validità del provvedimento». Peraltro, TISCINI R., op. ult. cit., p. 91, nota 327, afferma inoltre come «l'elaborazione di Garbagnati scaturisca da un equivoco», vista l'ingiustificata critica all'operato della giurisprudenza per quanto concerne la distinzione fra il concetto di sentenza sostanziale ed il diverso principio di prevalenza della sostanza della forma.

(216) Nello specifico GARBAGNATI E., *Sull'appellabilità di una ordinanza collegiale*, cit., p. 1717; favorevole a questa ricostruzione anche CERINO CANOVA A., *Ordinanza con contenuto di sentenza*, cit., pp. 282 – 283, per il quale «il giudice di gravame deve esaminare la validità formale del provvedimento impugnato sulla base delle norme regolatrici del tipo cui il provvedimento medesimo appartiene. (...) L'ordinanza sottoscritta dal solo presidente è, quindi, formalmente valida e non autorizza alcuna rimessione al giudice di primo grado ad opera di quello d'appello o della Cassazione».

(217) GARBAGNATI E., *Inammissibilità del ricorso per cassazione*, cit., p. 359 ss.; sul punto conviene in seguito anche SBARAGLIO G., *Provvedimenti anomali e procedimento ex art. 9 l. 1^a dicembre 1970, n. 898*, in *Giur. It.*, 1975, I, 2, p. 192. Identità di vedute si riscontrano anche in TARZIA G., *Profili*, cit., p. 71, il quale, pur se fermamente contrario a tale indirizzo, afferma che «se si pone l'equivalenza dell'ordinanza anomala alla sentenza, per quanto riguarda l'impugnabilità, l'irrevocabilità e l'idoneità a passare in giudicato, sembrerebbe che la regolarità formale (intesa in senso stretto, e prescindendo quindi da ogni confronto tra struttura e funzione dell'atto) possa stabilirsi soltanto sulla scorta delle norme disciplinatrici dell'ordinanza».

(218) Per quanto concerne il tema della tassatività delle ipotesi di rimessione della causa al primo giudice cfr. quanto osservato in precedenza Cap. III, Sez. II, p. 179, nota 192.

(219) V. ancora GARBAGNATI E., *Ancora in tema di appello contro un provvedimento erroneamente emesso in forma di ordinanza*, cit., p. 26; cfr. anche sul punto CERINO CANOVA A., *Ordinanza con contenuto di sentenza*, cit., p. 283.

7.3. Il principio della prevalenza della forma effettivamente assunta dal provvedimento e la sua applicazione nel processo ordinario di cognizione.

Le «sopravalutazioni formalistiche» (220) effettuate dalla giurisprudenza nel corso del giudizio di impugnazione avverso il provvedimento anomalo hanno portato Garbagnati a variare la visuale prospettica del ragionamento (221). Peraltro, in punto di approccio alla problematica, sbalordisce la somiglianza fra le premesse poste da Garbagnati e quelle fatte successivamente proprie da Tarzia, per cui è necessario «valutare il provvedimento, non solo per il contenuto ma anche per la forma» (222).

Come visto, infatti, anche quest'ultimo Autore reputa inevitabile il riferimento al dato formale del provvedimento giurisdizionale ai fini della sua individuazione (223). Di qui, le critiche mosse nei confronti dell'operato giurisprudenziale, il quale peraltro finisce per rappresentare l'indice di una rimeditata attenzione alle forme, in linea con l'impostazione dell'attuale codice di rito (224).

(220) L'espressione evoca il contributo di CARRATTA A., *Sostanza del provvedimento abnorme e impugnazioni: le sopravalutazioni formalistiche della cassazione*, cit.

(221) GARBAGNATI E., *Sull'impugnazione di provvedimenti decisori emessi in forma di ordinanza*, cit., p. 387, afferma che al fine di stabilire il regime di invalidità del provvedimento anomalo impugnato, occorre avere riguardo «non soltanto alla sostanza, ma anche alla forma» che esso concretamente ha assunto.

(222) TARZIA G., *Profili*, cit., p. 81.

(223) Sotto questo punto di vista, unanime è la critica dei due A. nei confronti di un ulteriore approccio alla problematica, che tenta di risolvere il contrasto fra forma e sostanza del provvedimento ricorrendo al tema del rapporto fra volontà e dichiarazione, trasposto nel campo degli atti processuali; cioè, nello specifico, facendo riferimento alla prevalenza della volontà soggettiva del giudice rispetto alla sua dichiarazione. Il riferimento è al contributo di ANSELMINI BLAAS V., *Il procedimento per convalida di licenza o di sfratto*, cit., *passim*, il quale distingue, all'interno della casistica del provvedimento anomalo, l'ipotesi dell'errore sostanziale, cioè sulla forma della dichiarazione (caso in cui il giudice emana ordinanza in materia riservata ex art. 279, co. 2, c.p.c., alla sentenza), dall'errore sulla motivazione del volere, intesa come erronea valutazione dei presupposti per la pronuncia (caso dell'ordinanza di convalida dello sfratto emessa nonostante la comparizione e l'opposizione dell'intimato in udienza). Nel primo caso prevale la disciplina astratta prevista dal legislatore, nel secondo la fattispecie concreta. Viceversa, tutta la successiva dottrina esclude che tale scarto sia neanche ipotizzabile all'interno delle fattispecie processuali oggetto di analisi, in quanto non può essere applicata al processo la disciplina del negozio giuridico privato. Infatti, gli atti processuali presuppongono la mera volontarietà di porli in essere, e, citando REDENTI E., voce *Atti*, cit., p. 107 ss., «il sigillo della volontarietà sta nell'adozione delle forme e normalmente non è dato guardare più sotto o più in là». In tal senso anche LANCELOTTI F., voce *Provvedimenti*, cit.; PALERMO A., voce *Provvedimenti (Teoria generale)*, cit. Inoltre, come già visto in precedenza, le uniche ipotesi rilevanti di discrasia fra volontà correttamente formatasi ed una sua erronea manifestazione, purché riconoscibile, sono quelle che portano al procedimento di correzione; ben diversa è la problematica del contrasto forma – sostanza del provvedimento giurisdizionale comportante invalidità.

(224) TARZIA G., *Profili*, cit., p. 70: «ritenere che l'ordinanza anomala con contenuto di sentenza (...) priva dei requisiti formali indispensabili per la sentenza, debba essere trattata, ad ogni riguardo, come ordinanza, significa abbandonare la massima che vuole la sostanza prevalere sulla forma, per tornare ad una individuazione squisitamente formale dei provvedimenti giudiziari». In argomento TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 85.

Ciò chiarito sul piano generale e venendo all'analisi della sorte giuridica del provvedimento anomalo, la premessa da cui partire è che l'errore del giudice integra pur sempre «*un vizio formale, importante nullità*» (225). Ad ogni modo, mai si arriverà al punto di dichiarare l'inesistenza del provvedimento per il solo fatto che sia stato emanato in forma diversa da quella prescritta (226).

Tali rilievi, peraltro, discendono direttamente dalla concezione, illustrata in precedenza (227), circa l'identificazione del potere esercitato in relazione alla struttura formale del provvedimento effettivamente emanato, la quale interessa, oltre che l'individuazione del provvedimento, anche la precisa portata dell'invalidità.

Infatti, se il provvedimento posto in essere è espressione del potere esercitato, allora l'errore del giudice non risiede nella scelta del modulo, bensì nella divergenza fra potere concretamente esercitato e fattispecie tipica di quel potere, realizzandosi in definitiva una divergenza causale non comportante inesistenza, bensì ascrivibile alla «*categoria dell'eccesso di potere, inteso come sviamento*» (228); il vizio sarà dunque direttamente emendabile dal giudice in fase di impugnazione.

Per quanto viceversa concerne l'ordinanza collegiale o emanata dal giudice istruttore (229), che abbia invero contenuto decisorio, sono state registrate due distinte impostazioni:

a) per Sorace essa potrà essere sempre revocata o modificata in base alla disciplina applicabile alle ordinanze istruttorie (230);

(225) SORACE S., *Spunti intorno ai provvedimenti giudiziali*, cit., p. 1652.

(226) TARZIA G., *Profili*, cit., p. 114, per cui la divergenza, dunque, «*non altera la natura dell'atto, ma costituisce un motivo di annullabilità, deducibile con i mezzi normalmente previsti dalla legge processuale*».

(227) Su cui *retro* Cap. III, Sez. I, p. 149 ss.

(228) TARZIA G., *Profili*, cit. p. 112. A quanto sembra, dunque, l'evenienza del provvedimento emanato in forma diversa da quella prescritta non coinvolge l'esistenza del potere, bensì attiene al modo (distorto) del suo esercizio. Per il richiamo al concetto di sviamento di potere cfr. quanto osservato in precedenza sul tema nell'ambito della dottrina processualpenalistica (*retro* Cap. I, Sez. II, p. 57).

(229) In effetti, entrambe le tipologie di ordinanze sottostanno alla stessa disciplina: identiche per contenuto, infatti, le previsioni degli artt. 177 e 279, co. 4, c.p.c. In argomento v. SORACE S., *Spunti intorno*, cit., pp. 1671 – 1673. *Contra* MONTESANO L., *Legge incostituzionale, processo e responsabilità*, in *Foro It.*, 1952, IV, pp. 148 – 152, secondo il quale il difetto funzionale di potere ravvisabile nell'usurpazione, da parte del giudice istruttore, dei poteri del collegio, integra un vizio di inesistenza giuridica, da far valere con apposita *actio nullitatis*. Quest'ultimo orientamento, come meglio si vedrà (*infra* Cap. III, Sez. II, p. 197, nota 258), è stato criticato da TARZIA G., *Profili*, cit., p. 122, per il quale, in definitiva, questa «*generica equiparazione tra difetto di potere giurisdizionale ed inesistenza appare inaccettabile*», quando, come nel caso di specie, «*il difetto attenga non alla titolarità ma all'esercizio del potere*».

(230) Così SORACE S., *Spunti intorno*, cit., p. 1668.

b) per Tarzia, data l'assoluta inefficacia della pronuncia, in perfetta armonia con l'interpretazione fornita dell'art. 279, co. 4, c.p.c. (231), essa sarà *tamquam non esset*, potendo tutt'al più la parte ricorrere all'art. 287 c.p.c. al fine di ottenere disposizioni in merito all'ulteriore trattazione della causa (232).

Ad ogni modo, vi è concordanza di opinioni nel ritenere che dovrebbe essere dichiarato inammissibile sia l'eventuale giudizio di appello proposto (233), sia l'eventuale ricorso per cassazione *ex art. 111 Cost.* (234).

Viceversa, per Sorace la sentenza anomala emanata in luogo dell'ordinanza – e per tale ragione oggetto di impugnazione *ex art. 323 c.p.c.* – sarà inficiata da un *error in procedendo* per violazione dell'art. 279, co. 2, c.p.c. (235).

7.4. Il principio dell'apparenza e la sua applicazione nel processo ordinario di cognizione.

(231) Cfr. la ricostruzione fornita da Tarzia e riportata *retro* Cap. III, Sez. I, p. 146 ss.

(232) In tal senso TARZIA G., *Profili*, cit., pp. 173 – 174.

(233) Preme in questa sede evidenziare un indirizzo giurisprudenziale rimasto poi recessivo, solo nelle apparenze riconducibile alla matrice del principio della prevalenza della sostanza sulla forma. Per riferimenti v. Cass. Civ., 28 dicembre 1973, n. 3453, in *Giur. It.*, I, 1, p. 1714, per cui «questa doverosa prevalenza accordata al contenuto sostanziale, non si spinge fino al punto da rendere irrilevante anche l'eventuale mancanza dei requisiti formali indispensabili per la stessa esistenza dell'atto che il giudice avrebbe dovuto emanare in rapporto a quel contenuto. Così, il provvedimento emesso da giudice collegiale sotto forma di ordinanza, e come tale, sottoscritto dal solo presidente del Collegio, per quanto ne abbia il contenuto, non potrà mai essere considerato sentenza, perché la mancanza della sottoscrizione degli altri componenti del Collegio lo renda giuridicamente inesistente (art. 161, comma 2°, codice di proc. civile) e, perciò, non classificabile nella categoria delle sentenze neppure ai fini dell'impugnazione: del resto non necessaria, data la sua assoluta inidoneità a produrre gli effetti caratteristici delle sentenze. Deriva da ciò che la Corte di Bologna (che si è trovata appunto di fronte ad un provvedimento recante la sola sottoscrizione del presidente del Tribunale che lo aveva emesso) avrebbe dovuto dichiarare inammissibile l'appello». In tal senso, fra le altre, Cass. Civ., 25 ottobre 1974, n. 3123, in *Foro It.*, 1975, I, p. 356; Cass. Civ., 2 luglio 1965, n. 1379, in *Giust. Civ.*, 1966, I, p. 791; Cass. Civ., 17 aprile 1964, n. 918, in *Foro It.*, 1964, I, p. 1885; Cass. Civ., 19 giugno 1960, n. 1429, in *Foro It.*, 1961, I, p. 380; Cass. Civ., 24 luglio 1956, n. 2581, in *Mass. Foro It.*, 1956, p. 524. Può infatti essere notato come l'esito delle considerazioni collimi perfettamente con gli approdi della teoria della prevalenza del regime giuridico discendente dalla forma effettiva del provvedimento.

(234) TARZIA G., *Profili*, cit., p. 171. Cfr. sul punto anche i rilievi di MANDRIOLI C., *L'assorbimento*, cit., pp. 83 – 84, per il quale «in tal caso, infatti, resterebbe comunque esclusa ogni possibilità di determinazione del giudicato e verrebbe a mancare la stessa ragion d'essere del ricorso *ex art. 111 Cost.*».

(235) Così SORACE S., *Spunti intorno*, cit., *passim*. Inevitabile, comunque, evidenziare la stranezza di un giudizio di appello basato, ad esempio, sul giudizio di ammissibilità di un mezzo istruttorio. Evidenti, infatti, i riflessi problematici sul piano della cognizione del giudice di appello, dell'oggetto del procedimento, nonché sulle modalità di prosecuzione del giudizio dopo il riconoscimento del vizio.

In questa sede, al fine di comprendere l'operatività dell'apparenza nel processo ordinario di cognizione, occorre evidenziare che la giurisprudenza ricorre a tale principio per risolvere tanto la problematica del mezzo di impugnazione ammissibile, quanto quella relativa al suo esito.

In relazione al primo profilo, come visto, l'impugnazione proposta in base alla qualificazione – sebbene erronea – fornita dal giudice *a quo*, dovrà considerarsi in ogni caso ammissibile (236).

Con specifico riferimento al secondo profilo, rilevante in questa sede, la giurisprudenza ha chiarito che il giudice dell'impugnazione deve analizzare nel merito la controversia a prescindere da quella che sarebbe stata la sorte giuridica del provvedimento correttamente qualificato, e sempreché non sussistano ulteriori impedimenti di rito (237).

Come si può notare, l'approccio della giurisprudenza riflette una circostanza fondamentale: nei casi in cui il giudice erra la qualificazione del provvedimento emanato, con riflessi problematici sul piano dell'impugnabilità, il vizio non coinvolge l'effettiva sussistenza del potere esercitato, né tantomeno la disciplina della sua forma – contenuto della decisione. Infatti, prendendo ancora a modello le opposizioni endoesecutive, la differenza fra la sentenza resa in materia di opposizione all'esecuzione e quella sugli atti esecutivi non concerne il tipo di provvedimento emanato, che pur

(236) In argomento cfr. anche Cass. Civ., 22 dicembre 2015, n. 25745, la quale così chiarisce: «*in particolare, con riferimento ad una sentenza emessa a definizione di un giudizio di opposizione esecutiva, essa è impugnabile con l'appello se il giudice ha qualificato l'azione come opposizione all'esecuzione, mentre è impugnabile solo con ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost. se è stata qualificata dal giudice come opposizione agli atti esecutivi*». Ad ogni modo, per l'opinione contraria v. D'ONOFRIO P., *Conseguenze della dichiarazione che il giudice abbia dato alla domanda come opposizione agli atti esecutivi anziché come opposizione all'esecuzione forzata*, in *Giur. It.*, 1961, I, 1, p. 356.

(237) In tema, fra le altre già citate, Cass. Civ., 24 marzo 2016, n. 5896. Formalmente contraria all'impostazione giurisprudenziale pressoché univoca Cass. Civ., 12 maggio 2016, n. 9797, la quale rigetta in dispositivo l'impugnazione proposta sostenendo che, fermo il principio dell'apparenza ai fini dell'ammissibilità dell'impugnazione, se il giudice ravvisa che la qualificazione effettuata in primo grado è erronea, essa deve essere sempre rigettata in quanto infondata. Ad ogni modo, la vicenda processuale sottesa al caso *de quo* è del tutto peculiare, in quanto concerne un'opposizione per cancellazione di iscrizione ipoteca su taluni beni immobili del debitore, formalmente qualificata dal giudice come opposizione ex art. 617 c.p.c. ed invero vicenda completamente estranea alle dinamiche della tutela ottenibile in via endoesecutiva. Infatti, nel caso di specie la parte avrebbe dovuto esperire un'azione di mero accertamento negativo in via ordinaria, non essendo configurabile in radice l'alternativa fra appello e ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost. Da segnalare, inoltre, Cass. Civ., 6 aprile 2016, n. 6704, la quale, dopo aver accertato la violazione del principio dell'apparenza non ravvisata dal giudice *ad quem*, per avere la parte appellato una sentenza espressamente qualificata ex art. 617 c.p.c., si è limitata a correggere la motivazione della Corte di appello, in quanto comunque essa aveva già dichiarato inammissibile l'appello, seppure per tardività dell'opposizione proposta.

sempre rimane una sentenza sottoscritta *ex art. 132 c.p.c.*, con conseguente efficacia decisoria *ex art. 2909 c.c.*, bensì si risolve unicamente nel regime giuridico applicabile (238).

A ciò si aggiunga che parte della dottrina riconduce ai casi di applicazione del principio dell'apparenza anche l'impugnazione delle sentenze equitative erroneamente rese *ex art. 114 c.p.c.* in difetto della concorde richiesta delle parti, ovvero in materia di diritti indisponibili (239).

Si ritiene dunque opportuno indagare l'operato della giurisprudenza anche in queste ipotesi.

Orbene, i giudici di legittimità, al fine di stabilire il corretto regime di impugnazione della sentenza, concedono esclusiva rilevanza alla dichiarazione del giudice circa l'esistenza dei presupposti per la pronuncia, facendone derivare l'inappellabilità delle pronunce di primo grado del tribunale ai sensi dell'*art. 339, co. 2, c.p.c.* (240). Dal punto di vista applicativo ne deriva che nei confronti di siffatta

(238) Ovviamente, il ruolo del giudice dell'impugnazione varia in base al tipo di opposizione che il giudice ha reputato sia stata proposta dalla parte. Qualora essa, ad esempio, sia stata costretta ad impugnare *ex art. 111 Cost.* un'erronea sentenza di opposizione agli atti esecutivi, la Suprema Corte, nell'analizzare nel merito le questioni oggetto di impugnazione, incontra i consueti limiti dell'*art. 384, co. 2, c.p.c.*; dunque, qualora dopo la dichiarazione del vizio siano necessari ulteriori accertamenti di fatto, si assisterà ad un rinvio al giudice di primo grado, in diversa composizione. Sul punto Cass. Civ., 26 febbraio 2016, cit.; Cass. Civ., 19 dicembre 2014, n. 27032.

(239) Dunque, in ossequio al principio dell'apparenza, affermano l'inappellabilità della sentenza *ex art. 339, co. 2, c.p.c.* FURNO C., *Sul regime d'impugnazione delle sentenze equitative*, in *Giur. It.*, 1953, I, 2, p. 35, nonché ID., *Invalità e impugnazione delle sentenze equitative ex art. 114 cod. proc. civ. processualmente illegittime*, cit., p. 1 ss., il quale così stigmatizza: «*se il giudice, in ossequio all'art. 119 disp. att. codice di proc. civile, ha dato regolarmente atto nel dispositivo della sentenza di aver deciso secondo equità, come e perché non prestargli fede, non stare alla sua dichiarazione ufficiale? Chi meglio di lui può sapere quale criterio sia stato adottato nella decisione?*» (p. 9). In passato, viceversa, la dottrina maggioritaria aveva sostenuto in tali ipotesi l'appellabilità della sentenza emessa, in ragione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma. In questo senso GIUDICEANDREA N., *Sulla inappellabilità della sentenza di magistrato pronunciata secondo equità*, in *Giur. It.*, 1953, IV, p. 65; ID., voce *Impugnazioni (diritto processuale civile)*, in *N.ssimio Dig. It.*, Torino, 1963, p. 391, nota 1; MAGRONE G. D., *Sui limiti dell'appellabilità delle sentenze pronunciate secondo equità (cod. proc. civ. art. 114)*, in *Foro It.*, 1953, I, p. 715; VECCHIONE V., *Condizioni e mezzi d'impugnazione delle pronunce secondo equità*, in *Giur. It.*, 1954, I, 1, p. 703; ID., *Ancora della impugnazione della pronuncia secondo equità processualmente illegittima*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1957, p. 187; CAPPELLETTI M., *nota ad App. Palermo, 9 aprile 1952*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1952, p. 143.

(240) La medesima conclusione non può essere adottata per le pronunce di equità del giudice di pace *ex art. 113, co. 2, c.p.c.*, in quanto in base all'*art. 339, co. 3, c.p.c.*, esse risultano comunque appellabili, pur se «*esclusivamente per violazione delle norme sul procedimento, per violazione di norme costituzionali o comunitarie ovvero dei principi regolatori della materia*». La problematica, d'altronde, può crearsi anche in via speculare: infatti, se il rapporto fatto valere dinanzi al giudice di pace coinvolge contratti conclusi *ex art. 1342 c.c.*, la decisione deve in ogni caso adottarsi secondo diritto, con conseguente piena riesplorazione del giudizio di appello. Nondimeno, anche per queste fattispecie possono porsi problemi in relazione al corretto esercizio del diritto di impugnazione, con specifico riferimento all'oggetto delle censure prospettabili in appello. Orbene, nonostante la tradizionale impostazione

sentenza sarà ammissibile l'impugnazione direttamente al giudice di legittimità, allo scopo di ottenere l'accertamento dell'insussistenza dei presupposti per la pronuncia resa (241); ciò comporterà la cassazione della sentenza *ex art. 360, n. 4, c.p.c.*, con rinvio della causa al giudice di primo grado (242).

Ciò esposto in sintesi, può evidenziarsi sin d'ora come la situazione creatasi per via dell'erronea pronuncia secondo equità è sicuramente estranea alle fattispecie in cui sia ravvisabile un contrasto fra la forma e la sostanza del provvedimento, in quanto il vizio non consiste nella scelta di una forma di provvedimento diversa da quella richiesta, bensì nell'utilizzo di un diverso criterio di giudizio della decisione (243). Infatti, la sentenza erroneamente emessa *ex art. 114 c.p.c.*, fermo il vizio processuale che la contraddistingue, è sia nella forma che nella sostanza una sentenza «secondo equità» (244). Ad ogni modo, le opportune considerazioni sul punto saranno adeguatamente sviluppate nel capitolo conclusivo dell'elaborato.

sostanzialista sul punto (ad esempio, Cass. Civ., 14 dicembre 1998, n. 12542), con Cass. Civ., 9 giugno 2004, n. 10952, si assiste ad un importante *renvirement*, poi confermato da Cass. Civ., 16 giugno 2006, n. 13917, in *Corr. Mer.*, 2007, I, p. 80, con nota adesiva di TRAVAGLINO G.; stando dunque agli attuali insegnamenti di legittimità, il principio dell'apparenza deve trovare applicazione quando il giudice di pace si sia «*espressamente pronunciato, in sentenza sul valore della domanda, o sulla configurabilità della fattispecie contrattuale conclusa con le modalità di cui all'art. 1342 c.c.*», potendo viceversa applicarsi il criterio dell'effettiva domanda proposta al giudice di pace solo in via residuale ed in assenza di qualificazione dell'azione proposta. Nello stesso senso, in seguito, Cass. Civ., 26 aprile 2010, n. 9923, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 4, p. 610; Cass. Civ., 22 marzo 2012, nn. 4628 e 4629; Cass. Civ., 18 settembre 2014, n. 19699. In dottrina cfr. specificamente BERNARDINI P., *Sulla qualificazione giuridica del provvedimento con il quale il giudice di pace ha deciso la questione pregiudiziale relativa alla giurisdizione*, in *Giud. Pace*, 2006, p. 224.

(241) In questo caso, infatti, la possibilità per il giudice dell'impugnazione di decidere nel merito le questioni oggetto di devoluzione trova un evidente limite nei poteri attribuiti dall'ordinamento alla Suprema Corte (arg. ancora *ex art. 384, co. 2, c.p.c.*).

(242) Osserva LEVONI F., *Appellabilità della sentenza del giudice di pace erroneamente pronunciata secondo equità*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2000, p. 1447, che l'applicazione del regime previsto dall'art. 339, co. 2, c.p.c., comporterebbe un'inaccettabile elisione del secondo grado di giudizio. Ma tale circostanza, come si può evincere da quanto affermato nel testo, non corrisponde al vero, in quanto, una volta ottenuta la cassazione con rinvio, la causa dovrà nuovamente essere decisa dal giudice secondo diritto e la controversia proseguirà dunque in fase di gravame nei modi ordinari.

(243) Peraltro anche la sentenza pronunciata secondo equità su richiesta delle parti resta inappellabile, ai sensi dell'art. 339, co. 2, c.p.c., anche se il giudice, nella soluzione della controversia, abbia effettivamente fatto applicazione di norme di diritto. Sul punto Cass. Civ., 13 agosto 2001, n. 11072).

(244) L'osservazione è stata fatta propria in giurisprudenza da Cass. Civ., 2 aprile 1955, n. 944, in *Giur. It.*, 1955, p. 225. Cfr. anche sul tema Cass. Civ., 29 luglio 1954, n. 2773, in *Foro It.*, 1954, p. 1539; Cass. Civ., 4 maggio 1954, n. 1376, in *Giur. It.*, 1954, I, 1, p. 703; Cass. Civ., 6 aprile 1950, n. 933, in *Rep. Foro It.*, 1950, voce equità, n. 3; nonché per la giurisprudenza di merito App. Palermo, 9 aprile 1952, in *Foro It.*, 1953, I, p. 715.

8. Le diverse teorie sull'impugnazione del provvedimento anomalo alla luce della loro applicazione pratica nei procedimenti speciali: alcune coordinate per il prosieguo dell'indagine.

Quando l'errore del giudice è inscrivibile nell'ambito di procedimenti speciali per i quali la legge prescrive per la decisione finale l'utilizzo della forma dell'ordinanza o del decreto (245), il problema di fondo non cambia, in quanto lo scambio di moduli può avvenire allo stesso modo, seppure a termini invertiti.

(245) I procedimenti speciali disciplinati nel libro IV del codice di rito sono i seguenti: procedimento ingiuntivo *ex art. 633 ss. c.p.c.*, che si conclude con decreto; procedimento per convalida di sfratto *ex artt. 657 ss. c.p.c.*, che si conclude con ordinanza; procedimento cautelare *ex art. 669 bis ss. c.p.c.*, che si conclude con ordinanza; procedimento sommario di cognizione *ex art. 702 bis ss. c.p.c.*, che si conclude con ordinanza; procedimento possessorio *ex art. 703 ss. c.p.c.* (fase sommaria), che si conclude con ordinanza; procedimento per la nomina dell'amministratore di sostegno *ex art. 720 bis c.p.c.*, che si conclude con decreto; procedimento per emanazione di ordini di protezione contro gli abusi familiari *ex art. 736 bis c.p.c.*, che si conclude con decreto; procedimento in camera di consiglio *ex art. 737 ss. c.p.c.*, che si conclude con decreto (ad esempio nel caso di disposizioni concernenti minori, interdetti ed inabilitati *ex art. 732 ss. c.p.c.*); procedimento in materia di copia e collazione di atti pubblici *ex art. 743 ss. c.p.c.*, che si conclude con decreto; procedimenti relativi all'apertura delle successioni *ex art. 747 ss. c.p.c.*, che a seconda dei casi si concludono con decreto (art. 747 e 751 c.p.c.) o con ordinanza (art. 749 e 750 c.p.c.); procedimenti per l'apposizione e la rimozione dei sigilli, nonché per le eventuali opposizioni agli stessi *ex art. 752 ss. c.p.c.*, che a seconda dei casi prevedono la decisione con decreto (art. 758, 761, 762 e 763 c.p.c.) o con ordinanza (art. 764 c.p.c.); procedimento d'inventario *ex art. 769 ss. c.p.c.*, che si conclude con decreto; controversie in materia di beneficio d'inventario *ex art. 778 ss. c.p.c.*, che si concludono con ordinanza; procedimento di nomina del curatore dell'eredità giacente *ex art. 781 ss. c.p.c.*, che si conclude con decreto; procedimento per lo scioglimento delle comunioni *ex art. 784 ss. c.p.c.*, che si conclude con ordinanza; procedimento per la liberazione degli immobili dalle ipoteche *ex art. 972 s. c.p.c.*, che si conclude con ordinanza. Viceversa, i procedimenti speciali che prevedono l'emanazione della sentenza da parte del giudice, sono i seguenti: procedimento di separazione personale dei coniugi *ex art. 706 ss. c.p.c.*; procedimento per l'interdizione o l'inabilitazione *ex art. 712 c.p.c.*; procedimento per la dichiarazione di assenza o di morte presunta *ex art. 721 ss. c.p.c.* Viceversa, volendo allargare il campo visuale anche alle disposizioni di semplificazione introdotte con d. lgs. 150/2011, che ha attratto numerosi e variegati procedimenti speciali sotto il manto di tre procedimenti, ovvero il rito del lavoro, il rito ordinario di cognizione, nonché il processo sommario di cognizione, i procedimenti che ad oggi si concludono con provvedimento diverso dalla sentenza sono i seguenti: controversie in materia di liquidazione degli onorari e dei diritti di avvocato *ex art. 14*, che si concludono con ordinanza; opposizione a decreto di pagamento di spese di giustizia *ex art. 15*, che si conclude con ordinanza; controversie in materia di mancato riconoscimento del diritto di soggiorno sul territorio nazionale in favore dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari *ex art. 16*, che si concludono con ordinanza; controversie in materia di allontanamento dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari *ex art. 17*, che si concludono con ordinanza; controversie in materia di espulsione dei cittadini di Stati che non sono membri dell'Unione europea *ex art. 18*, che si concludono con ordinanza; controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale *ex art. 19*, che si concludono con ordinanza; opposizione al diniego del nulla osta al ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari, nonché agli altri provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare *ex art. 20*, che si conclude con ordinanza; opposizione alla convalida del trattamento sanitario obbligatorio *ex art. 21*, che si conclude con ordinanza; azioni popolari e delle controversie in materia di eleggibilità, decadenza ed incompatibilità nelle elezioni comunali, provinciali e regionali *ex art. 22*, che si concludono con ordinanza; azioni in materia di eleggibilità e incompatibilità nelle elezioni per il Parlamento europeo *ex art. 23*, che si concludono con ordinanza; impugnazione delle decisioni della Commissione elettorale circondariale in tema di elettorato attivo *ex art. 24*, che si conclude con ordinanza; controversie in materia di riparazione a

Si tratterà dunque di traslare *sic et simpliciter* i rilievi già effettuati in precedenza, per poi coordinare le diverse soluzioni prospettate in relazione alla specificità del provvedimento e dei relativi rimedi esperibili (246).

In termini pratici, occorrerà ad esempio stabilire se l'eventuale sentenza conclusiva del procedimento ingiuntivo sarà pur sempre opponibile *ex art. 645 c.p.c.*, ovvero se la sentenza resa all'esito di un procedimento camerale a carattere giurisdizional-volontario continuerà o meno ad essere soggetta a modifica o revoca ai sensi dell'art. 742 c.p.c. (247); omologhe considerazioni varranno inoltre per l'ipotetica sentenza emessa in materia cautelare (248).

Ferme restando queste ultime osservazioni, le peculiari vicende dei procedimenti speciali hanno fatto sì che venisse inglobata all'interno della teoria del provvedimento abnorme un'ulteriore casistica, tutt'altro che omogenea rispetto agli esempi appena effettuati, eppure avente i medesimi riflessi sul piano dell'impugnazione del provvedimento emanato.

Infatti, in quanto speciali, tali procedimenti richiedono la sussistenza di determinate condizioni – o presupposti – per la loro applicazione, in mancanza delle quali al giudice non è consentito statuire sopra la controversia mediante l'utilizzo di

seguito di illecita diffusione del contenuto di intercettazioni telefoniche *ex art. 25*, che si concludono con ordinanza; procedimento dinanzi alla Corte di appello avverso i provvedimenti disciplinari a carico dei notai *ex art. 26*, che si conclude con ordinanza; impugnazione delle deliberazioni del Consiglio nazionale dell'Ordine dei giornalisti *ex art. 27*, che si conclude con ordinanza; controversie in materia di discriminazione *ex art. 28*, che si concludono con ordinanza; controversie in materia di opposizione alla stima nelle espropriazioni per pubblica utilità *ex art. 29*, che si concludono con ordinanza; controversie in materia di attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria e contestazione del riconoscimento *ex art. 29*, che si concludono con ordinanza. Di contro, i procedimenti speciali che prevedono come provvedimento finale la sentenza sono i seguenti: opposizione ad ordinanza – ingiunzione *ex art. 6*; opposizione avverso sanzioni del codice della strada *ex art. 7*; opposizione a sanzione amministrativa in materia di stupefacenti *ex art. 8*; opposizione ai provvedimenti di recupero di aiuti di Stato *ex art. 9*; controversie in materia di applicazione delle disposizioni del codice in materia di protezione dei dati personali *ex art. 10*; controversie agrarie *ex art. 11*; impugnazione dei provvedimenti in materia di registro dei protesti *ex art. 12*; opposizione ai provvedimenti in materia di riabilitazione del debitore protestato *ex art. 13*; procedimento di impugnazione per cassazione avverso i provvedimenti disciplinari a carico dei notai *ex art. 26*; controversie in materia di rettificazione di attribuzione di sesso *ex art. 31*; opposizione a procedura coattiva per la riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato e degli altri enti pubblici *ex art. 32*; controversie in materia di liquidazione degli usi civici *ex art. 33*.

(246) Vale infatti quanto già osservato sul piano generale *retro* Cap. III, Sez. I, p. 130 ss.

(247) In particolare, sul potere di revoca da parte del giudice v. BASILICO G., *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, cit.; nonché ID., *Il potere di revoca del giudice civile*, Camerino, 1999, anche per l'interessante tema della correlazione fra natura revocabile del potere esercitato ed inidoneità al giudicato della decisione resa; sul tema cfr. anche CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova, 1994.

(248) Per specifici casi di specie v. Cass. Civ., 26 ottobre 1984, n. 5490; Cass. Civ., 13 novembre 1975, n. 3820, in *Foro It.*, 1976, I, p. 686. Per ulteriori riscontri v. CERINO CANOVA A. – CONSOLO C., voce *Impugnazioni: I) Diritto processuale civile*, cit., p. 10.

codesto *modus operandi*, derogatorio rispetto alle regole del processo ordinario di cognizione.

Al fine di agevolare la comprensione delle vicende problematiche da ultimo accennate, si ritiene opportuno limitare per il momento la trattazione al procedimento per convalida di sfratto *ex artt.* 657 ss. c.p.c. (249).

Ivi, la principale fattispecie di abnormità si realizza quando il giudice convalida lo sfratto nonostante la comparizione ed opposizione in udienza dell'intimato.

8.1. Il principio della prevalenza della sostanza sulla forma e la sua applicazione nei procedimenti speciali.

Innanzitutto, nei casi in cui sussistono le condizioni di legge per poter statuire sopra controversie instaurate mediante procedimenti speciali, stando alla prevalenza della sostanza sulla forma l'errore del giudice nella scelta del provvedimento risulta irrilevante.

Si pensi ad un ipotetico sfratto convalidato con sentenza: il rimedio esperibile è comunque l'opposizione *ex art.* 668 c.p.c. (250) e non l'appello (251). Del pari, il procedimento per decreto ingiuntivo in tesi conclusosi con emanazione di ordinanza o sentenza non toglie alla pronuncia la sua natura sommaria, in quanto emanata *inaudita altera parte*, e come tale soggetta ad opposizione ai sensi dell'art. 645 c.p.c. (252).

(249) Per un'esauritiva trattazione del procedimento v. *infra* Cap. IV, Sez. II, p. 265 ss.

(250) Così correttamente afferma Cass. Civ., 14 maggio 1963, in *Giust. Civ.*, 1963, I, p. 2089: «vale il principio su ricordato e più volte ribadito da questa Corte Suprema, per cui non sono qualificabili come sentenze, agli effetti della loro impugnabilità, i provvedimenti decisori che per espressa disposizione di legge siano vincolati alla forma dell'ordinanza, e conseguentemente sottratti al rimedio dei normali mezzi di impugnazione. Principio, questo, che, contrariamente a quanto sostiene il P. M. non contraddice affatto a quello della prevalenza, ai fini della impugnazione, della sostanza del provvedimento sulla forma e denominazione adottate dal giudice. Perché la forma vincolata è una conseguenza della natura intrinseca del provvedimento, nel senso che è stata la considerazione della stessa che ha indotto il legislatore a sottrarlo, col prescrivere l'adozione di quella forma, ai normali mezzi di impugnazione, sicché la non impugnabilità discende, non dalla forma, ma dal contenuto sostanziale del provvedimento; con la conseguenza, chiarita da questa Corte Suprema (fra le altre vedansi le sentenze 16 giugno 1951 n. 1566) della non impugnabilità del provvedimento di convalida anche se emesso in forma di sentenza».

(251) Cfr. anche MANDRIOLI C., *I provvedimenti presidenziali*, cit., p. 97.

(252) Nello specifico v. Cass. Civ., 30 novembre 2010, n. 24260, per l'ipotesi del decreto ingiuntivo emesso a seguito di richiesta per la liquidazione delle spese *ex art.* 614 c.p.c., il quale rimane assoggettato all'opposizione *ex art.* 642 c.p.c. anche qualora sia emanato con ordinanza (o finanche con sentenza), in quanto «il provvedimento impugnato ha il contenuto e gli effetti di un provvedimento monitorio».

In secondo luogo, come si è visto, l'abnormità può derivare anche dal mancato rispetto dei presupposti necessari per la pronuncia.

Ad esempio, in riferimento al procedimento per convalida di sfratto, può accadere che il giudice pronunci l'ordinanza in mancanza dei presupposti «*in relazione ai quali la legge ne ha stabilita la forma e l'impugnabilità*» (253), come nel caso in cui il giudice non abbia tenuto in considerazione l'avvenuta opposizione dell'intimato presente all'udienza di comparizione (254): il corretto mezzo di impugnazione, per consolidata giurisprudenza, diventa allora l'appello (255), purché fuori dai casi in cui la parte sia legittimata a proporre opposizione tardiva (256). La giustificazione di tale soluzione viene ravvisata nel fatto che il provvedimento, a livello sostanziale, può considerarsi come vera e propria decisione di una controversia insorta nel corso del giudizio (257), differendo dalla stessa solo per la forma.

(253) Così DUNI M., *Il procedimento per convalida di sfratto, anche nel caso di locazioni soggette a proposta legale*, Milano, 1957, p. 190.

(254) Ricollegandosi a quanto affermato poc'anzi a p. 195, nota 250, la giurisprudenza assume a presupposto dell'appellabilità dell'ordinanza di convalida solamente la mancata sussistenza dei presupposti processuali – generali e specifici – per poter ottenere il provvedimento; viceversa, il giudice non è tenuto a prendere anche in considerazione aspetti di merito della vicenda controversa, la cui mancata analisi non giustifica l'ammissibilità delle impugnazioni ordinarie. Così in particolare è stato chiarito da Cass. Civ., 3 luglio 2014, n. 15230, che «*l'accertamento demandato al giudice è circoscritto alla verifica dei presupposti generali dell'azione (quelli attinenti cioè alla giurisdizione, alla competenza, alla capacità processuale dell'intimante e alla corretta vocazione in giudizio) e dei presupposti specifici, indicati nel primo e nel terzo comma dell'art. 663 c.p.c. (Cass. n. 17151/2002), consistenti – questi ultimi – nella mancata comparizione o nella mancata opposizione (nonché, in caso di morosità, nella dichiarata persistenza della mora). (...) Le questioni di merito rimangono, dunque, estranee alla fase sommaria che si concluda con la rituale emissione dell'ordinanza di convalida, senza possibilità per l'intimato - che avrebbe potuto farle valere mediante l'opposizione alla licenza o allo sfratto e nell'ambito del procedimento ordinario instaurato a seguito di tale opposizione - di recuperarne l'esame a mezzo dell'appello avverso l'ordinanza di convalida*» (fattispecie in cui era stata avanzata, in appello, la richiesta di invalidazione dell'ordinanza emanata per nullità del relativo contratto di locazione).

(255) Per GIUDICEANDREA N., *Il procedimento per convalida di sfratto*, Torino, 1956, pp. 220 – 221, «*il fenomeno per cui il provvedimento esiste de jure come atto proprio di un tipo diverso da quello di cui è proprio de facto, ma pur sempre come provvedimento, è un fenomeno di auto trasformazione*».

(256) Questa ulteriore precisazione è stata espressa da Cass., Civ., 19 settembre 2014, n. 19839, secondo la quale tale circostanza rende inammissibile l'appello proposto.

(257) Cass. Civ., 23 gennaio 2006, n. 1222, in *Arch. Loc.*, 2006, 4, p. 451 «*l'ordinanza di convalida della licenza o dello sfratto emessa in applicazione dell'art. 663 c.p.c., pur essendo in linea di principio impugnabile soltanto con l'opposizione tardiva ex art. 668 c.p.c., è tuttavia soggetta al normale rimedio dell'appello se emessa nel difetto dei presupposti prescritti dalla legge, costituiti dalla presenza del locatore all'udienza fissata in citazione e della mancanza di eccezioni o difese del conduttore ovvero della sua assenza, e, quindi, al di fuori dello schema processuale ad essa relativo, essendo, in tal caso, equiparabile, nella sostanza, ad una sentenza anche ai fini dell'impugnazione*». Per la fattispecie della contestazione inerente la sussistenza della morosità v. Cass. Civ., 3 settembre 2015, n. 17582. In senso conforme, in linea di principio, v. Cass. Civ., 27 maggio 2010, n. 12979; Cass. Civ., 25 luglio 2001, n. 10146; Cass. Civ., 1 settembre 2000, n. 11494, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, p. 1880; Cass. Civ., 16 maggio 1997, n. 4366, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, p. 772; Cass. Civ., 15 maggio 1995, n. 5308; Cass. Civ., 22 marzo 1979, n. 1650; Cass. Civ., 10 maggio 1961, n. 1110, in *Giur. It.*, 1962, I, 1, p. 170.

La giurisprudenza, peraltro, nel predicare l'applicazione della prevalenza della sostanza, sottende evidentemente quest'ulteriore considerazione, in armonia con le regole ricavate per l'effettiva applicazione del principio: nei casi di specie il giudice possiede il potere di pronunciare il provvedimento astrattamente prescritto dalla legge (258). Infatti, stante il carattere monocratico del giudizio da celebrarsi a seguito dell'opposizione, al giudice istruttore debbono riconoscersi pieni poteri decisori sulla controversia (259).

In disparte i rilievi critici avverso questa impostazione di fondo che verranno mossi al momento opportuno, può in questa sede osservarsi come, essendo affidato al giudice unico lo svolgimento del procedimento (260), l'applicazione della prevalenza della sostanza non comporti effetti distorsivi in tema di difetto di sottoscrizione del provvedimento concretamente emanato (261); dunque, qualora siano integrate le ulteriori condizioni previste per la decidibilità nel merito dell'impugnazione, l'appello

(258) Il tema è stato già accennato *retro* Cap. III, Sez. II, p. 188, nota 229. Va ribadito peraltro che in dottrina, si pone come del tutto singolare l'impostazione di MONTESANO L., *Legge incostituzionale, processo e responsabilità*, cit., p. 153, per il quale sussiste difetto di potere quando il giudice non ha il potere di porre in essere l'atto che di quel potere vorrebbe essere l'esercizio: tipico è l'esempio del giudice istruttore che emana sentenza per decidere nel merito la controversia; infatti, la carenza di *potestas iudicandi* in capo allo stesso comporta l'inesistenza giuridica del provvedimento emanato. Viceversa, se il collegio emana ordinanza per decidere nel merito la controversia, siccome quest'ultimo è astrattamente dotato di *potestas iudicandi*, il provvedimento non risulterà emanato in difetto di potere, restando impugnabile alla stregua di una sentenza, in quanto ne condivide tanto la forma (individuata dall'A. in relazione alla materia) quanto la sostanza (in riferimento al potere decisorio concretamente esercitato). Tale impostazione è stata criticata da TARZIA G., *Profili della sentenza civile*, cit., p. 54, il quale, da un lato ritiene insostenibile una relazione biunivoca fra inesistenza giuridica e carenza assoluta di potere (ad esempio, la sentenza impossibile è inesistente ma pur sempre frutto di esercizio di un potere giurisdizionale concretamente esistente); dall'altro, afferma che, quando il giudice istruttore decide con sentenza la controversia, non si configura una fattispecie di inesistenza giuridica, in quanto ogni giudice che interagisce nel processo è notoriamente dotato di potere giurisdizionale, e ciò è sufficiente per garantire all'atto emanato il proprio regime giuridico di impugnazione. Della medesima opinione anche DENTI V., *L'interpretazione della sentenza civile*, cit., p. 34, il quale preferisce parlare in tali ipotesi di mero difetto funzionale di potere, derivandone che, sul piano dell'invalidità, risulterà applicabile l'art. 158 c.p.c. sui vizi di costituzione del giudice.

(259) La difficoltà nel rintracciare nette linee di confine del vizio di anomalia/abnormità si ha nel momento in cui la giurisprudenza, sulla scorta delle deduzioni esposte nel testo, esclude l'abnormità della vicenda per essere il provvedimento emanato «dal giudice istruttore in una situazione di difetto di attribuzione» (così sintetizza nell'omologa fattispecie del giudizio divisorio DI COLA L., *Sull'impugnazione dei provvedimenti pronunciabili nel giudizio di divisione: novità nella giurisprudenza della cassazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2011, p. 618). Motivo per cui è massima l'esigenza di chiarezza nel ricondurre ad unità le varie ipotesi di invalidità; esigenza che troverà ascolto nel capitolo conclusivo della trattazione.

(260) Arg. ex art. 50 *bis* e *ter* c.p.c.

(261) Cfr. *retro* Cap. III, Sez. II, p. 175, i criteri forniti in giurisprudenza per l'applicazione del principio.

proposto si concluderà con decisione sul merito della controversia, senza rimessione della causa al primo giudice (262).

8.2. Il principio della prevalenza del regime giuridico astrattamente previsto per legge e la sua applicazione nei procedimenti speciali.

Per la visione prospettica di Garbagnati, la traslazione delle problematiche concernenti l'impugnazione del provvedimento abnorme può avvenire, nei procedimenti speciali, *sic et simpliciter* nel caso in cui l'errore consista esclusivamente nella scelta della forma con cui emanare la decisione.

Dunque, l'eventuale sentenza di convalida dello sfratto resta soggetta ad opposizione tardiva nelle sole tassative ipotesi previste, non già al diverso regime giuridico dell'appello, «*giacché la legge ha voluto che la convalida seguisse con ordinanza*» (263).

Nel secondo ordine di fattispecie, viceversa, l'Autore propone la seguente ricostruzione: in ogni ipotesi in cui, per carenza dei presupposti processuali – generali o speciali – si fuoriesce dallo schema entro cui il legislatore consente l'utilizzo di tale procedimento speciale, l'ordinanza emessa è appellabile, in quanto il codice di procedura civile prevede in questi casi il mutamento del rito, con conseguente emanazione di sentenza all'esito del procedimento locatizio a cognizione piena (264).

Ad ogni modo, in entrambe le ipotesi la violazione consiste in un *error in procedendo* per avere il giudice errato l'applicazione delle disposizioni concernenti l'utilizzo di una determinata forma provvedimentale, che rispettivamente discendono dall'art. 663 c.p.c. e dalla disciplina dell'art. 279 c.p.c., quest'ultimo applicabile in virtù del combinato disposto degli artt. 667 e 447 *bis* c.p.c., che richiamano a loro volta gli artt. 420 e 429, co. 1, c.p.c. (265).

(262) Preme anche evidenziare che, a rigor di logica, qualora il giudice del gravame dovesse accertare l'insussistenza del vizio di abnormità denunciato, l'impugnazione proposta dovrebbe essere dichiarata inammissibile.

(263) In tal senso GARBAGNATI E., *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, cit., p. 336.

(264) Sul punto ancora GARBAGNATI E., *Il provvedimento di ingiunzione e sfratto*, Milano, 1951, p. 156. In senso conforme anche DI MARZIO M., *Il procedimento per convalida di licenza e sfratto*, Milano, 1998, pp. 372 – 375, nonché in passato TAMBURRINO G., *Sulla natura ed efficacia dell'ordinanza di convalida di sfratto*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1947, I, p. 79.

(265) Cfr. TARZIA G., *Manuale del processo del lavoro*, 2^a ed., Milano, 1980, p. 167 ss.

8.3. Il principio della prevalenza della forma effettivamente assunta dal provvedimento e la sua applicazione nei procedimenti speciali.

Volendo ora illustrare i riflessi applicativi dell'impostazione di Tarzia nei procedimenti speciali, occorre muovere nuovamente dai rilievi effettuati in precedenza.

In sintesi (266): l'art. 279, co. 4, c.p.c., non può trovare applicazione nelle vicende proprie dei procedimenti speciali; a differenza che nel processo ordinario di cognizione, nei procedimenti speciali l'identificazione del provvedimento passa anche per la considerazione del suo peculiare contenuto dispositivo; conseguentemente, il mezzo di impugnazione esperibile sarà individuabile a seconda della tutela elargita (267).

Si ponga l'esempio del decreto ingiuntivo: la possibilità di proporre opposizione ex art. 645 c.p.c. discende in definitiva dall'idoneità del precetto ad esprimere un comando a carattere ingiuntivo (268). Motivo per cui, qualora il giudice rivesta in forma di sentenza tale precetto (269), il provvedimento conserverà sempre il suo regime proprio, non potendo viceversa impugnarsi ai sensi dell'art. 323 c.p.c. (270).

(266) TARZIA G., *Profili*, cit., p. 142: «il procedimento non entra nella fattispecie della sentenza impugnabile, nel preciso senso che la sua carenza, o i vizi che l'affliggono, non impediscono di qualificare come sentenza l'atto compiuto dal giudice, ove esso sia munito dei requisiti descritti dall'art. 132 c.p.c.». Cfr. anche SORACE S., *Spunti*, cit., p. 1673 ss.

(267) TARZIA G., *Profili*, cit., p. 142.

(268) Per TARZIA G., op. cit., pp. 144 – 146, deve rientrare nel concetto di forma – contenuto anche la specifica struttura della tutela elargita, così come ricavabile nella parte dispositiva del provvedimento. La medesima impostazione conduce l'A. a sostenere che la modificabilità e revocabilità del decreto adottato ai sensi dell'art. 741 c.p.c. non sia diretta conseguenza del modulo decreto utilizzato, bensì derivi dalla struttura giurisdizionale-volontaria della tutela elargita, come tale inadatta al giudicato.

(269) Art. 641, co. 1, c.p.c.: «se esistono le condizioni previste nell'art. 633, il giudice, con decreto motivato da emettere entro trenta giorni dal deposito del ricorso, ingiunge all'altra parte di pagare la somma (...) nel termine di quaranta giorni, con l'espresso avvertimento che nello stesso termine può essere fatta opposizione a norma degli articoli seguenti».

(270) Rimarrebbe viceversa appellabile la sentenza che, nella stessa ipotesi, contenga una ordinaria condanna del debitore al pagamento del credito. Ed in effetti, nell'omologa fattispecie della convalida di sfratto, per TARZIA G., *Profili*, cit., pp. 76 – 77, «la sostanza decisoria della ordinanza di convalida, emessa nei confronti di conduttore non citato o in difetto dell'attestazione di morosità, non è diversa da quella dell'ordinanza, pronunciata in presenza di tutti i presupposti di legge». Cosicché, il verificarsi del primo gruppo di vizi, «non vale a legittimare l'estensione dei gravami, previsti per le sentenze, contro i provvedimenti irrituali che, in considerazione del procedimento in cui si inseriscono, non avrebbero potuto assumere tale forma». In altri termini, la specifica struttura dispositiva, estranea ai possibili contenuti formali della sentenza, non porta a qualificare il provvedimento emanato come una sentenza.

Per quanto concerne invece il secondo gruppo di ipotesi, e volendo ancora prendere a modello l'ordinanza di convalida di sfratto emanata in violazione delle condizioni di legge previste dall'art. 663 c.p.c., le conclusioni prospettate da Tarzia possono così essere sintetizzate: fermo restando quanto osservato sull'identificazione dei provvedimenti conclusivi di procedimenti speciali decisorio, l'ordinanza di convalida non condivide né la forma né la sostanza di una sentenza. Sotto il primo profilo, infatti, vale il rilievo che il provvedimento emanato è un'ordinanza; sotto il secondo, che esso contiene un'intimazione di sfratto estranea ai possibili contenuti formali della sentenza.

Alla luce di ciò, non si è verificato uno scambio di moduli, bensì è stato deciso con un provvedimento irrituale, che non poteva essere emanato. Eppure, il sistema positivo non offre per Tarzia idonei rimedi avverso siffatta ordinanza: infatti, da un lato l'eventuale giudizio di appello risulta inammissibile per le ragioni poc'anzi illustrate (271); dall'altro, l'opposizione *ex art. 668 c.p.c.* non può essere proposta siccome ancorata alle ipotesi tassative dell'assenza dell'intimato all'udienza dovuta ad irregolarità della notificazione, caso fortuito o forza maggiore (272).

Ricapitolando: il provvedimento è decisorio, inoppugnabile e per giunta viziato da invalidità; terreno fertile, dunque, per sostenere l'ammissibilità del ricorso straordinario in cassazione *ex art. 111 Cost.*: eppure, l'Autore sceglie di prescindere, non condividendo la «*contingente espansione del concetto di sentenza – in senso sostanziale – operata in giurisprudenza*» (273).

Orbene, proprio in relazione alla gravità del pregiudizio subito dalla parte, Tarzia predica l'esperibilità di un'apposita *actio nullitatis*, ovvero la possibilità di avanzare opposizione in sede esecutiva (274).

(271) Muovendo da questa impostazione, TARZIA G., *Profili*, cit., p. 154, critica la soluzione prospettata da ONDEI E., *Convertibilità dei provvedimenti*, cit., *passim*, ovvero la necessaria dichiarazione di inammissibilità della pronuncia. Ed invero anche se Tarzia condivide la premessa posta da quest'ultimo A., secondo cui in queste evenienze non si verifica, a differenza che nel processo ordinario di cognizione, uno scambio di moduli, perché la sentenza non può essere ivi utilizzata, ne critica la soluzione in quanto la via dell'inammissibilità della pronuncia non può essere percorsa, vista l'impossibilità di impugnare il provvedimento anomalo emanato. Ad ogni modo, Tarzia obietta anche che risulta assai dubbia la rilevanza autonoma di questa categoria, evidenziando che l'inammissibilità non porterebbe a conseguenze diverse da quelle previste agli artt. 156 – 161 c.p.c. per le ipotesi di nullità.

(272) Per TARZIA G., *Profili*, cit., p. 157, «*evidente è l'inidoneità di questa opposizione a fungere da rimedio*».

(273) TARZIA G., *Profili*, cit., p. 158, nota 350.

(274) Per TARZIA G., *Profili*, cit., pp. 157 – 158, «*non può che riprendere vigore il principio, compresso ma non abolito dall'art. 161, comma 1: quello cioè, della deducibilità in ogni tempo del motivo di nullità, o con azione autonoma di accertamento, o con opposizione all'esecuzione*». Medesime

Peraltro, su tale specifico punto si registrano divergenze fra l'opinione di Tarzia e quella di Sorace, per il quale, oltre all'*actio nullitatis* (275), è del pari ammissibile il ricorso per cassazione *ex art. 111 Cost.* (276).

Ad ogni modo, tale ultima soluzione, se per un verso presuppone la decisorietà e definitività del provvedimento emanato (277), per l'altro se ne disinteressa, estendendo la possibilità di invalidazione del provvedimento in ogni tempo. Il risultato è quello di riconoscere l'attitudine al giudicato dell'ordinanza anomala ed al contempo prescindere (278), con evidenti esiti contraddittori dal punto di vista logico ancor prima che giuridico (279).

Va infine segnalata l'impostazione – più coerente – di Mandrioli, il quale, riconoscendo valore agli insegnamenti giurisprudenziali in tema di sentenza in senso sostanziale, prospetta, quale unica via, la possibilità di impugnare l'ordinanza mediante ricorso straordinario in cassazione (280).

Peraltro, a seconda dell'impostazione presa a modello in questo campo, si avranno divergenti conseguenze:

conclusioni sono avanzate da ANSELMi BLAAS V., *Il procedimento per convalida di licenza o di sfratto*, cit., pp. 131 – 132, sul diverso presupposto, però, della natura non giurisdizionale dell'ordinanza di convalida.

(275) Sull'esperibilità – anche – dell'*actio nullitatis* avverso il provvedimento di convalida anomalo cfr. specificamente SORACE S., voce *Locazione (controversie in materia di)*, in *Enc. Giur.*, XIX, Roma, 1990, p. 8.

(276) SORACE S., *Spunti intorno*, cit., p. 1676. *Contra* PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., pp. 625 – 626, per il quale il rimedio «*appare come ferraginoso e quindi nella sostanza come poco garantista per l'intimato*». In ogni caso, l'A. afferma di essere in presenza di un «*groviglio inestricabile*»: seppure la soluzione dell'appellabilità dell'ordinanza sembra più opportuna, auspica vivamente una riforma dell'art. 663 c.p.c. Peraltro, in dottrina, FRASCA R., *Il procedimento per convalida di sfratto*, Torino, 2001, p. 526 ss., spec. p. 530, rileva che questa residuale ammissibilità dell'appello non dovrebbe essere limitata alla caratteristica del vizio (*rectius: error in procedendo*) che si fa valere.

(277) Cfr. sul punto anche le considerazioni di LATELLA M. T., *Decisione sull'estinzione del processo*, cit., p. 313, nota 24.

(278) In effetti, muovendo dal presupposto che l'ordinanza *ex art. 663 c.p.c.*, per quanto viziata, sia comunque idonea a passare in giudicato, la soluzione dell'*actio nullitatis* può essere teoricamente percorsa solo ammettendo la sua esperibilità anche nelle ipotesi di nullità che non assurgano al rango di inesistenza giuridica. Viceversa, SORACE S., *Spunti intorno*, cit., p. 1676, afferma espressamente che i vizi in questione dell'ordinanza anomala importano «*nullità – inesistenza*» del provvedimento emanato in carenza dei suoi presupposti.

(279) Ad esempio TOMEI G., *Sul regolamento di competenza avverso ordinanze aventi valore e contenuto di sentenze*, cit., p. 142, accoglie la tesi della prevalenza della sostanza, pur ritenendo normativamente corretta la tesi contraria, sulla scorta di puri rilievi equitativi.

(280) In tal senso MANDRIOLI C., *Sull'impugnazione di licenza o di sfratto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1968, p. 35 ss., il quale correttamente esclude la proponibilità dell'*actio nullitatis* adducendone la sua natura residuale, in quanto esperibile solo avverso provvedimenti giurisdizionali per i quali non può essere applicata – direttamente o indirettamente – la regola dell'assorbimento delle nullità nei mezzi di gravame (fra cui deve ricomprendersi il rimedio *ex art. 111 Cost.*).

a) l'*actio nullitatis* o l'opposizione endoesecutiva comportano l'instaurazione di un nuovo processo, senza particolari limiti temporali (281), nel quale, dopo aver constatato la sussistenza del vizio di abnormità, verrà trattata nel merito la situazione controversa, con decisione impugnabile per via ordinaria;

b) il ricorso *ex art. 111 Cost.*, viceversa, si risolve esclusivamente nella pronuncia di annullamento della decisione anomala emanata, cui seguirà, in base all'impostazione ritenuta preferibile, il rinvio della causa al primo giudice ovvero l'introduzione di una nuova controversia ad opera della parte interessata ad ottenere tutela giurisdizionale.

8.4. Il principio dell'apparenza e la sua applicazione nei procedimenti speciali.

L'applicazione del principio dell'apparenza di matrice giurisprudenziale rimane sostanzialmente inalterata nel passaggio dalle logiche del processo ordinario di cognizione a quelle dei procedimenti speciali: nello specifico, la parte dovrà individuare il mezzo di impugnazione in base alla dichiarazione effettuata dal giudice.

Ad esempio, qualora il lodo emesso nel procedimento arbitrale (282) sia espressamente qualificato come rituale, a prescindere dall'esattezza del rilievo (283), la parte sarà costretta ad impugnarlo per nullità dinanzi alla corte di appello competente *ex art. 828 c.p.c.*; viceversa, se gli arbitri determinino la natura irrituale della convenzione

(281) O meglio, la parte dovrà pur sempre fare i conti con eventuali consolidamenti, a livello di diritto sostanziale, della situazione oggetto di pronuncia, come nel caso di acquisto a titolo originario conseguente ad usucapione; così come, inoltre, di eventuali negozi di diritto privato successivi alla decisione ed aventi l'effetto di superare la situazione controversa.

(282) Sul procedimento arbitrale in generale v. per alcuni riferimenti essenziali ALPA G. – VIGORITI V., *Arbitrato: profili di diritto sostanziale e di diritto processuale*, Torino, 2013; PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000; PAJARDI P. – LEVI G., *L'impugnazione del lodo arbitrale nella giurisprudenza*, Milano, 2000; FAZZALARI E., *L'arbitrato*, Torino, 1997; CECHELLA C., *L'arbitrato*, Torino, 1991; VECCHIONE R., *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971.

283) Come già osservato in precedenza, invece, torna ad applicarsi la regola (sussidiaria in queste fattispecie) della prevalenza della sostanza sulla forma, quando la qualificazione non venga effettuata dal giudice. Tale regola è stata applicata da Cass. Civ., 22 maggio 2015, n. 10679: il caso concerneva l'emanazione di un'ordinanza del tribunale in cui veniva dichiarata *ex art 819 ter c.p.c.* la competenza arbitrale, poi impugnata con regolamento di competenza; la Suprema Corte investita dell'impugnazione ha precisato che nel caso di specie non poteva applicarsi il principio dell'apparenza, in quanto non vi era stata un'espressa qualificazione dei giudici sulla natura dell'arbitrato come rituale o irrituale. Dunque, doveva essere data prevalenza al contenuto della decisione, dalla quale si evinceva la natura rituale della convenzione arbitrale. Ciò ha comportato il rigetto del controricorso, con il quale si era sostenuta l'inammissibilità del regolamento di competenza, per essere stato proposto tale rimedio in ipotesi di convenzione arbitrale espressamente qualificata come irrituale.

(284), la loro pronuncia dovrà contestarsi secondo le disposizioni ordinarie del codice di rito (arg. ex art. 808 *ter* c.p.c.).

Dopodiché, il giudice chiamato a pronunciarsi potrà accertare nel merito la fondatezza delle doglianze mosse. Ad ogni modo, in questo peculiare campo, il doveroso riferimento alla volontà espressa delle parti nella convenzione di arbitrato porterà, in caso di riconoscimento del vizio fonte di abnormità, all'annullamento definitivo della decisione emanata.

Si pensi ancora al caso dell'erronea qualificazione del lodo come rituale: se la convenzione fra le parti era nel senso di risolvere la controversia mediante arbitrato irrituale (285), l'impugnazione per motivi di nullità sarà finalizzata ad ottenere la dichiarazione di invalidità del lodo emesso, in quanto pronunciato fuori dai limiti del compromesso (art. 829, co. 1, n. 4, c.p.c.); di riflesso, la pronuncia sarà annullata senza possibilità di decisione sostitutiva nel merito ex art. 830, co. 2, c.p.c. (286).

8.4.1. Il principio di apparenza declinato nella regola dell'ultrattività del rito e la sua applicazione nei procedimenti speciali.

Inoltre, è stato visto come il principio dell'apparenza abbia trovato una specifica declinazione nella regola dell'ultrattività del rito seguito in primo grado; orbene, nei procedimenti speciali può accadere che la scelta di un rito al posto di un altro sortisca

(284) Cass. Civ., 24 marzo 2011, n. 6842: «il Collegio ritiene di dar seguito a tale orientamento. Ciò che conta, invero, agli effetti dell'individuazione del mezzo con cui il lodo va impugnato, è la natura dell'atto in concreto posto in essere dagli arbitri, più che la natura dell'arbitrato come prevista dalle parti. Ben possono le parti aver previsto, con il compromesso o la clausola compromissoria, un arbitrato irrituale; ma se gli arbitri di fatto hanno poi reso il lodo nelle forme di cui all'art. 816 c.p.c., e segg., ossia un lodo rituale, quel lodo è impugnabile esclusivamente ai sensi dell'art. 827 c.p.c., e segg.»; v. anche Cass. Civ., 9 maggio 2014, n. 10114: «l'Arbitro unico ha ritenuto di qualificare l'arbitrato come irrituale d'equità; ciò posto, va resa applicazione del principio espresso nelle pronunce 19129/2006, 6842/2011 e 25258/2013, secondo il quale, agli effetti dell'individuazione del mezzo con cui il lodo va impugnato, rileva la natura in concreto dell'atto posto in essere dagli Arbitri, più che la natura dell'arbitrato, come previsto dalle parti; pertanto, se sia stato pronunciato un lodo irrituale, nonostante la parte sostenga di avere pattuito una clausola per arbitrato rituale, ne consegue che quel lodo è impugnabile, non dinanzi alla Corte d'appello ex art. 828 c.p.c., ma, appunto, secondo le norme ordinarie sulla competenza e con l'osservanza del doppio grado di giurisdizione, facendo valere i vizi di manifestazione della volontà negoziale».

(285) Sul tema specifico DEBENARDI E., *Sull'impugnazione del lodo reso in seguito ad un accordo compromissorio per arbitrato irrituale ed erroneamente qualificato come rituale dagli arbitri*, in Riv. Arb., 2013, p. 931; CANALE G., *Errore nella qualificazione dell'arbitrato ed impugnazione del lodo*, in Riv. Dir. Proc., 2012, p. 454.

(286) Ancora Cass. Civ., 24 marzo 2011, cit.; nello stesso senso Cass. Civ., 8 novembre 2013, n. 25258; Cass. Civ., 11 ottobre 2012, n. 17381; Cass. Civ., 6 settembre 2006, n. 19129.

effetti non tanto sulla modalità di introduzione del giudizio di impugnazione (ricorso oppure citazione), quanto, piuttosto, sull'identità stessa del rimedio esperibile.

Senza soffermare ulteriormente l'attenzione sul rapporto fra processo ordinario di cognizione e rito del lavoro (287), si prenderà a modello l'impugnazione di un'ordinaria sentenza di primo grado emessa a conclusione di un – erroneo – giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo per crediti di avvocato. Per la tutela di siffatto diritto, infatti, purché non sia in discussione l'*an* della prestazione, il legislatore prescrive al professionista di instaurare un apposito procedimento speciale. Orbene, nel caso oggetto di analisi, siccome fra le parti era controverso solo il *quantum* dovuto, il corretto procedimento da instaurare *ratione temporis* (288) sarebbe dovuto consistere proprio in quello speciale, comportante l'emanazione di un'ordinanza inappellabile (289).

(287) Sul punto v. in questa sede Cass. Civ., 19 gennaio 2012, n. 774, la quale chiarisce ulteriormente che «*poiché il rito, in senso ampio, attiene non solo alla fase procedimentale durante lo specifico grado, ma anche alla fase successiva dell'impugnazione, ritenere che il soggetto soccombente possa adottare in questa seconda fase una forma ed una modalità di impugnazione diverse da quelle impostegli dal rito, con cui è stata emessa la sentenza, significa attribuire al soggetto impugnante una facoltà di mutamento, che invece compete esclusivamente al giudice dell'impugnazione (art. 439 c.p.c.). È quindi solo il giudice dell'impugnazione, anche a garanzia delle controparti, che ha il potere di rettificazione del rito, con la possibilità del passaggio al rito speciale o viceversa*». Ciò non toglie comunque che, siccome la competenza funzionale nel rito del lavoro è prevista in capo al tribunale in composizione monocratica, la controversia possa essere stata trattata in primo grado nelle forme ordinarie davanti al giudice di pace; in questo caso, ferma l'applicabilità del principio dell'apparenza, il problema è capire se la parte possa ancora validamente ottenere lo svolgimento del giudizio di appello dinanzi ad un giudice diverso da quello che ha ricevuto l'impugnazione. Secondo la dottrina maggioritaria, qualora l'eccezione sia stata ritualmente sollevata e riproposta con l'appello, il giudice adito dovrà dichiarare l'incompetenza del primo giudice, indicando il giudice competente per valore e territorio davanti al quale riassumere la causa; viceversa, se l'incompetenza non sia stata ritualmente eccepita o la questione non sia stata riproposta in sede di gravame, ovvero la questione sia stata decisa con sentenza non definitiva divenuta irrevocabile, il giudice dell'appello, dopo aver disposto il mutamento del rito, dovrà trattenere la causa per la decisione (così FABBRI G., *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1974, p. 261; GARBAGNATI E., *Cambiamento del rito in appello e incompetenza del primo giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1975, p. 216; LUISO F. P., *Il processo del lavoro*, Torino, 1992, p. 307; IANNIRUBERTO G., *Il processo del lavoro rinnovato*, Padova, 1999, p. 241; TARZIA G., *Manuale del processo del lavoro*, 4^a ed., Milano, 1999, p. 311). Viceversa, per altra impostazione minoritaria ancor più stringente, la commistione di questioni di rito e questioni di competenza comporta che le prime siano subordinate al tempestivo rilievo della questione di competenza, con la conseguenza che una volta radicata la competenza il rito diviene immutabile (in tal senso MONTESANO L. – VACCARELLA R., *Diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996, p. 348). Potrebbe inoltre accadere, in base all'art. 440 c.p.c., che la controversia trattata in primo grado nelle forme ordinarie ma appartenente alle controversie assoggettabili al rito del lavoro, sia di un valore tale per cui, al variare del rito, ne resterebbe esclusa la sua appellabilità.

(288) Ovvero quello previsto dall'art. 30, l. 794/1942. Attualmente, ex art. 14, d. lgs. 150/2011, la materia è disciplinata dal rito sommario di cognizione. Secondo l'indirizzo giurisprudenziale finora dominante, ciò è avvenuto senza mutare alcuno dei presupposti oggettivi per accedere a tale procedimento speciale (così espressamente Cass. Civ., 5 ottobre 2015, n. 19873).

(289) Stando infatti all'orientamento dominante della giurisprudenza di legittimità, il processo può essere avviato ex artt. 28 ss. l. n. 794/1942 solo quando concerne il *quantum* del diritto al compenso vantato dal professionista; viceversa, se la controversia insorta fra le parti coinvolge anche i presupposti (in senso lato) di tale diritto, il procedimento corretto diventa quello ordinario di cognizione, in quanto in

Sulla questione si è avuta una pronuncia a sezioni unite della Suprema Corte avutasi nel 2011 (290), la quale ha risolto tale problematica proprio facendo utilizzo del principio dell'apparenza (291).

questi casi si fuoriesce dai criteri per l'applicazione del rito speciale (per tutte Cass. Civ., 12 febbraio 2004, n. 2701).

(290) Cass. Civ., 11 gennaio 2011, n. 390, in *Giust. Civ.*, 2011, III, p. 623: «*in tema di opposizione a decreto ingiuntivo per onorari ed altre spettanze dovuti dal cliente al proprio difensore per prestazioni giudiziali civili, al fine di individuare il regime impugnatorio del provvedimento - sentenza oppure ordinanza ex art. 30 della legge 13 giugno 1942, n. 794 - che ha deciso la controversia, assume rilevanza la forma adottata dal giudice, ove la stessa sia frutto di una consapevole scelta, che può essere anche implicita e desumibile dalle modalità con le quali si è in concreto svolto il relativo procedimento*». Nella specie, le sezioni unite hanno cassato la sentenza della Corte territoriale che aveva dichiarato inammissibile il gravame avverso la sentenza emessa dal giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo ed a seguito di un procedimento svoltosi nelle forme ordinarie, reputando che si trattasse, nella sostanza, di ordinanza inappellabile ai sensi dell'art. 30 l. 794/1942.

(291) Infatti, fino a quel momento la giurisprudenza di legittimità risultava divisa. Il punto oggetto di discussione, in particolare, non concerneva di per sé la predominanza del principio della prevalenza della sostanza rispetto alle ragioni dell'apparenza, quanto, piuttosto ed a monte, la collocazione della fattispecie entro le ipotesi in cui la natura del provvedimento rileva ai fini della sua impugnabilità (nelle ipotesi di errore nella scelta fra ordinanza o sentenza), ovvero entro quelle in cui si assiste ad una dichiarazione del giudice sul tipo di azione esercitata, che sia rilevante ai fini della scelta del mezzo di impugnazione esperibile. Hanno focalizzato l'attenzione nel primo senso, Cass. Civ., 15 marzo 2010, n. 6225; Cass. Civ. n. 16843 del 2005; Cass. Civ. n. 10190 del 2000; Cass. Civ. n. 6809 del 2002; Cass. Civ. n. 1505 del 1998; Cass. Civ. n. 5117 del 1997; Cass. Civ. n. 2456 del 1994; Cass. Civ. n. 1272 del 1986; Cass. Civ., 27 gennaio 1982 n. 532, nonché in passato già Cass. Civ., 17 gennaio 1963, n. 42, in *Giust. Civ. Mass.*, 1963, p. 20; Cass. Civ., 17 aprile 1958, n. 1264, in *Giust. Civ. Mass.*, 1958, p. 457; Cass. Civ., 9 febbraio 1957, n. 511, in *Giust. Civ. Mass.*, 1957, p. 201. Viceversa, fra le prime sentenze ad aver collocato siffatta evenienza fra le ipotesi oggetto di applicazione del principio dell'apparenza Cass. Civ., 23 marzo 1999, n. 182: «*devesi invero ritenere che, se in tema di opposizione in materia esecutiva (v., ex plurimis, Cass., Sez. Un., 9 aprile 1986, n. 2466) si è affermato che il tipo di rimedio avverso le decisioni rese sull'opposizione dipende unicamente dalla qualificazione che - a torto o a ragione - il giudice abbia dato al suo provvedimento, e nella stessa logica si è formato il diritto vivente in tema di ultrattività del rito (v., ex plurimis, Cass., 27 novembre 1984, n. 6161) in forza della quale, ove una controversia sia stata trattata in primo grado con il rito ordinario anziché con quello del lavoro, vanno seguite le forme ordinarie anche per la proposizione del relativo gravame, milita evidentemente in favore di tali principi una esigenza di certezza e di affidamento per la parte interessata in ordine alla scelta di determinati mezzi processuali di gravame, e tale esigenza è soddisfatta, anzitutto, escludendo che detta parte possa comunque, a sua discrezione, seguire l'una o l'altra via di impugnazione, e, quindi, privilegiando l'attribuzione di valore determinante alla qualificazione data dal giudice al provvedimento suscettibile di impugnazione, con la conseguenza di eliminare, nello stesso interesse della parte, le incertezze alle quali l'opinabilità del giudizio circa la reale natura dell'atto darebbe inevitabilmente luogo (così, da ultimo, Cass., Sez. Un., 23 maggio 1996, n. 8648)*». In quel caso di specie, peraltro, il pretore aveva espressamente qualificato il proprio provvedimento come «*ordinanza inappellabile ex art. 645 cod. proc. civ. e art. 30 della L. n. 794 della 1942*». Ad ogni modo, il principio trova del pari applicazione – *sub specie* di regola di ultrattività del rito – nelle ulteriori ipotesi in cui, pur mancando un'espressa qualificazione dell'azione, il procedimento si sia svolto seguendo un determinato rito e culminando in una data modalità decisoria. In seguito, ha adottato la medesima impostazione, ad esempio, Cass. Civ., 16 aprile 2007, n. 8949; impostazione che è stata poi prescelta dalle sezioni unite mediante Cass. Civ., 30 gennaio 2011, n. 390, cit., successivamente confermata in altre occasioni: v. ad es. Cass. Civ., 29 maggio 2015, n. 11273; Cass. Civ., 12 dicembre 2014, n. 26163; Cass. Civ., 29 agosto 2011, n. 17627; nonché, Cass. Civ., 22 giugno 2011, n. 13701, per la quale in detta materia il riferimento alla sostanza del provvedimento emanato «*deve considerarsi necessariamente temperato da quello dell'apparenza, in base al quale il rilievo attribuito alla sostanza del provvedimento deve ritenersi attenuato dal riferimento al principio secondo il quale l'individuazione del mezzo di impugnazione*

Tale presa di posizione conduce ad affermare sul piano generale che, in punto di rilevazione del vizio (292):

a) quando il giudice definisce con sentenza il procedimento, malgrado la legge prevedeva l'adozione del diverso rito culminante con ordinanza non impugnabile, non sussiste alcun vizio processuale, in quanto la possibilità di esperire un giudizio di merito di secondo grado, altrimenti negato, comporta un ampliamento di tutela armonico con i principi costituzionali del giusto processo (293);

b) viceversa, quando il giudice adotta ordinanza non impugnabile all'esito del procedimento speciale nonostante la controversia doveva essere trattata nelle forme ordinarie e decisa con sentenza, la parte avrà interesse ad impugnare il provvedimento *ex art. 111 Cost.* al precipuo fine di recuperare la possibilità di appellare (294). Il risultato del ricorso per cassazione sarà dunque quello di ottenere una pronuncia di annullamento della decisione emanata *ex art. 360, n. 4, c.p.c.*, con rinvio al primo

esperibile contro un provvedimento giurisdizionale va fatta in base alla qualificazione data dal giudice con lo stesso provvedimento impugnato in relazione all'azione proposta, alla controversia e alla decisione a prescindere dalla sua esattezza (v., da ultimo, anche Cass., sez. 2^a, n. 3712 del 2011), prevalendo, in proposito, la tutela dell'affidamento della parte con riguardo esclusivo a quanto previsto dalla legge per la decisione realmente adottata, ove la stessa sia frutto di una consapevole scelta, che può essere anche implicita e desumibile dalle modalità con le quali si è in concreto svolto il relativo procedimento». Ad ogni modo, la questione non può dirsi del tutto sopita. Sono infatti intervenute alcune pronunce delle sezioni semplici che, in violazione dei principi generali espressi *in subiecta materia* dalle sezioni unite del 2011, hanno riaffermato l'applicabilità del principio della prevalenza della sostanza sulla forma, a prescindere dal fatto che la forma di provvedimento emanata rispecchi il tipo di rito adottato. Il riferimento è a Cass. Civ., 5 ottobre 2015, n. 19873; Cass. Civ., 13 ottobre 2014, n. 21554; Cass. Civ., 9 gennaio 2014, n. 263; Cass. Civ., 3 febbraio 2012, n. 1666, stando alle quali, ancorché il procedimento sia instaurato ai sensi degli artt. 28, l. 794/1942 e 14, d.lgs. 150/2011, se la controversia verte effettivamente sulla debenza del compenso, dunque sull'*an* della prestazione, l'ordinanza deve essere appellata *ex art. 702 quater c.p.c.*, in quanto emessa al di fuori dei presupposti della disciplina speciale, la quale è applicabile solo quando si controverte sul *quantum*.

(292) Specificamente sul punto TRAVAGLINO G., *Compensi professionali liquidati ex lege n. 794/1942 e regime delle impugnazioni*, in *Corriere del Merito*, 2011, 5, p. 495; CASTRO S., *Con l'applicazione del principio di apparenza assicurate maggiori garanzie ai cittadini*, in *Giuda Dir.*, 2011, 6, p. 73.

(293) Per DE DIVITIIS P., *Sulla teoria*, cit., pp. 427 – 428, «non è possibile che si abbia una decisione nel merito dell'impugnazione, giacché ciò comporterebbe la definitiva ed irreversibile sovrapposizione della volontà del giudice a quella della legge, con l'imposizione di un doppio grado di giurisdizione non previsto dalla legge». Tale osservazione critica potrebbe essere meritevole di attenzione se declinata nel senso che il conseguente allungamento dei tempi processuali, oltre a distogliere la controversia dal giudice naturale precostituito per legge (art. 25, co. 1, Cost.), collide altresì con il canone dell'art. 111, co. 2, Cost., in tema di ragionevole durata del processo.

(294) Così ancora Cass. Civ., 11 gennaio 2011, cit., p. 626, per la quale, ai fini dell'applicazione del principio dell'apparenza è necessaria «un'indagine sugli atti, al fine di accertare se l'adozione da parte del giudice di merito di quella determinata forma del provvedimento decisorio sia stata o meno il risultato di una consapevole scelta, ancorché non esplicitata con motivazione *ad hoc*: ed in quest'ultimo caso decisiva rilevanza va attribuita alle concrete modalità con le quali si è svolto il procedimento».

giudice per la trattazione della controversia nelle forme del processo ordinario di cognizione.

9. La controversa impugnabilità del provvedimento anomalo: riepilogo.

Come è stato illustrato, in Italia la disputa sul regime di impugnazione del provvedimento anomalo, di forma diversa da quella prescritta per legge ovvero carente dei presupposti specifici per la sua emanazione, ha ruotato intorno a due contrapposte soluzioni: dare prevalenza al dato normativo astratto, oppure concedere rilevanza esclusivamente alla forma del provvedimento in concreto adottato dal giudice (295).

Entrambi i principi aspirano a concedere adeguata tutela nei casi di errore dell'organo giudicante: il primo facendo leva su canoni di giustizia sostanziale, il secondo su esigenze di certezza ed affidamento incolpevole delle parti. Di essi sono stati inoltre indagati i profili applicativi, sia nel processo ordinario di cognizione che nelle vicende inerenti ai procedimenti speciali.

Lo stesso è avvenuto in relazione al principio dell'apparenza, elaborato in giurisprudenza nei casi di erronea qualificazione, in sentenza, del tipo di azione proposta o tutela richiesta dalle parti, quando a ciò conseguano dubbi sull'identità del mezzo di impugnazione esperibile.

Ad ogni modo, tali evenienze rappresentano una parte – seppur rilevante – del più ampio ventaglio di vizi ricondotti dalla giurisprudenza nel manto dell'abnormità: di essi verrà dato conto nel prossimo capitolo.

Sarà anche quella la sede opportuna per effettuare alcune riflessioni costruttive sul complessivo tema dell'abnormità o anomalia del provvedimento, nonché del suo trattamento giuridico processuale.

L'intento sarà quello di ricondurre ad omogeneità le «terapie» prospettabili avverso ogni caso di patologica applicazione delle disposizioni del codice di rito, in armonia con i principi generali ricavabili in tema di impugnazione.

(295) Come visto *retro* Cap. III, Sez. I, pp. 167 – 171, in Germania è stata elaborata una terza soluzione di compromesso, ovvero il principio del *Meistbegünstigung*, che ad ogni modo non ha avuto impulso nel panorama giurisprudenziale italiano.

CAPITOLO IV

Il provvedimento abnorme nell'analisi giurisprudenziale: lo stato dell'arte e le possibili ottiche ricostruttive

SOMMARIO

SEZIONE I – Il vizio di abnormità nella teoria delle invalidità: 1. L'approccio della giurisprudenza al fenomeno dell'abnormità: rilievi introduttivi. – 2. Il concetto di abnormità utilizzato in senso meramente descrittivo. – 3. L'abnormità quale fenomeno assimilabile al vizio di nullità del provvedimento. – 3.1. Il rapporto fra abnormità e nullità. – 4. L'abnormità quale fenomeno assimilabile al vizio di inesistenza del provvedimento. – 4.1. Il rapporto fra abnormità ed inesistenza giuridica. – 5. L'abnormità quale sintomo di stravaganza del provvedimento. – 5.1. Il rapporto fra abnormità e stravaganza, nell'ottica del sistema delle invalidità. – 6. Il vizio di abnormità nella fenomenologia dell'invalidità: riepilogo.

SEZIONE II – Il provvedimento abnorme nel sistema delle impugnazioni: 7. La possibile prospettiva autonoma del concetto abnormità: l'alterazione del fisiologico rapporto fra provvedimento e suo regime giuridico. 8. Le fattispecie di provvedimento abnorme nel processo ordinario. – 8.1. Il regime giuridico del provvedimento emanato in forma diversa da quella prescritta secondo l'impostazione giurisprudenziale. – 8.2. Le critiche avverso tale impostazione. – 8.3. La possibile teoria ricostruttiva. – 8.4. La discrasia quale caratteristica insita al provvedimento emanato in forma diversa da quella prescritta. – 9. Le fattispecie di provvedimento abnorme nei procedimenti speciali. – 9.1. Nel procedimento cautelare. – 9.2. Nel procedimento esecutivo. – 9.3. Nelle procedure concorsuali. – 9.4. Nei procedimenti di giurisdizione volontaria. – 9.5. Nel procedimento per convalida o licenza di sfratto. – 9.5.1. La proponibilità dell'appello avverso l'ordinanza. – 9.5.2. Le criticità dell'impostazione giurisprudenziale in tema di impugnazione dell'ordinanza di convalida abnorme e la possibile teoria ricostruttiva. – 9.6. Nel procedimento divisorio. – 9.6.1. La proponibilità del ricorso straordinario *ex art. 111 Cost.* avverso l'ordinanza. – 9.6.2. La proponibilità dell'*actio nullitatis* avverso l'ordinanza. – 9.6.3. La proponibilità dell'appello avverso l'ordinanza. – 9.6.4. Le criticità dell'impostazione giurisprudenziale in tema di impugnazione dell'ordinanza di divisione abnorme e la possibile teoria ricostruttiva. – 10. L'impugnazione del provvedimento abnorme in applicazione del principio dell'apparenza, nonché della sua specifica declinazione nella regola dell'ultrattività del rito. – 10.1. Il possibile coordinamento con gli approdi in tema di *translatio iudicii* in grado di impugnazione e di equipollenza fra atti processuali. – 11. Il provvedimento abnorme nel sistema delle impugnazioni: riepilogo.

SEZIONE I

Il vizio di abnormità nella teoria delle invalidità

1. L'approccio della giurisprudenza al fenomeno dell'abnormità: rilievi introduttivi.

L'analisi complessiva del fenomeno abnormità ha permesso di illustrare le varie impostazioni avutesi sul tema, nonché di vagliarne le principali pieghe applicative. Ciò è avvenuto sia sotto il profilo «statico» della casistica del vizio, sia sotto quello «dinamico» dell'impugnazione del provvedimento che ne risulti affetto.

Per quanto concerne il primo profilo, a prescindere dalle singole diversità di vedute, sussiste una generale concordanza nel ricondurre tale fenomeno alla teoria dell'invalidità degli atti (1): oggi come allora, esso viene identificato in un generale scollamento tra prescrizione astratta ed attuazione concreta della fattispecie, che varia nel modo e nell'intensità a seconda delle varie impostazioni adottate. Al medesimo risultato, come meglio si vedrà, sembrano giungere le plurime pronunce avutesi in giurisprudenza; ivi, in particolare, il grado di intensità del vizio sembra mutare in relazione alle specificità del caso concreto (2).

Inoltre, a differenza del settore penale, ove l'approccio al tema è stato connotato da un'evoluzione dogmatica crescente nel corso del tempo, nel nostro ordinamento processuale civile si assiste ad una carenza di approfondimento analitico del fenomeno. Il dato risulta peraltro evidente nella potenziale onnicomprensività delle varie definizioni fornite, che non aiutano a chiarire la possibile riconducibilità del vizio entro schematiche uniformi; oltretutto, tali questioni si innestano nel più ampio raggio delle

(1) In disparte le fattispecie in cui l'utilizzo del concetto di provvedimento abnorme è utilizzato in giurisprudenza per giustificare la sussistenza di una responsabilità civile a carico del magistrato, per avere lo stesso posto in essere una condotta gravemente negligente e non scusabile. Per riferimenti v. Cass. Civ., 5 novembre 2015, n. 22647; Cass. Civ., 30 ottobre 2014, n. 23071; Cass. Civ., 18 ottobre 2011, n. 21507; Cass. Civ., 20 luglio 2011, n. 15879; Cass. Civ., 24 settembre 2010, n. 20159; Cass. Civ., 27 gennaio 2010, n. 1628; Cass. Civ., 19 agosto 2009, n. 18373; Cass. Civ., 20 marzo 2009, n. 6768; Cass. Civ., 26 settembre 2008, n. 24220; Cass. Civ., 12 maggio 2008, n. 11655; Cass. Civ., 18 marzo 2008, n. 7272; Cass. Civ., 18 ottobre 2000, n. 1119; Cass. Civ., 17 dicembre 1997, n. 12751; Cass. Civ., 10 luglio 1997, n. 6255; Cass. Civ., 3 ottobre 1996, n. 8639; Cass. Civ., 7 agosto 1996, n. 7226; Cass. Civ., 7 luglio 1989, n. 3231.

(2) In argomento TISCINI R., *Decisione per decreto dell'opposizione agli atti esecutivi: note sulla impugnazione del provvedimento abnorme*, cit., *passim*.

invalidità processuali (nullità ed inesistenza), le quali, per struttura e funzione, risultano già di sfumata demarcazione.

L'altro aspetto che si è prescelto di analizzare specificamente concerne l'impugnabilità del provvedimento, quando il c.d. «contrasto fra forma e sostanza» è tale da condizionare il fisiologico rapporto che lega la decisione al relativo strumento di contestazione. A tal proposito, mentre la dottrina si è sforzata di elaborare teorie quanto più possibile armoniche, la giurisprudenza è ferma nell'applicare ai casi *de quibus* il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, nonostante le plurime criticità che esso comporta.

In questa sede si ripercorreranno tutte le questioni finora esposte nel corso della trattazione, concedendo ampio spazio all'operato giurisprudenziale. In particolare:

a) nella prima parte di questo capitolo conclusivo, dopo aver enucleato l'ampia e variegata casistica, si cercherà di armonizzare ogni singolo gruppo di fattispecie entro il sistema delle invalidità processuali civili (3);

b) nella seconda parte di questo capitolo conclusivo, dopo aver illustrato l'operato giurisprudenziale avutosi nell'ambito dei vari procedimenti, si tenterà di fornire soluzioni in grado condurre il problema dell'impugnazione del provvedimento anomalo o abnorme entro schematiche lineari ed uniformi.

2. Il concetto di abnormità utilizzato in senso meramente descrittivo.

L'estrema difficoltà nel ricondurre ad armonia le svariate decisioni avutesi in tema di abnormità nel corso degli ultimi decenni può comprendersi appieno laddove si consideri che per la giurisprudenza *«i provvedimenti giudiziari possono essere considerati abnormi con riferimento sia al suo autore, sia al potere che esprimono, sia alle modalità di esercizio di questo potere, sia, infine, al loro contenuto»* (4).

Ciò chiarito, occorre innanzitutto isolare dalla trattazione, in via preliminare, tutte le ipotesi in cui il termine abnormità venga utilizzato nella sua valenza puramente

(3) Già in via di prima illustrazione, può essere compresa l'estrema difficoltà nel ricondurre ad armonia le svariate decisioni giurisprudenziali avutesi dagli anni '80 fino all'attualità, le quali saranno oggetto di specifica analisi nel corso del presente capitolo. In effetti, anticipando in parte le riflessioni che verranno svolte, può osservarsi come l'abnormità, nell'analisi giurisprudenziale, venga ricondotta a matrici non omogenee, ovvero a vizi di eterogeneo ordine e consistenza.

(4) Cass. Civ., 23 luglio 1992, n. 8874 (in materia di convalida di sfratto).

descrittiva (5), ossia nel senso di una situazione insolita e non comune, del tutto esagerata e sproporzionata (6).

Ciò si verifica, anzitutto, quando viene descritta in termini di abnormità la condotta stragiudiziale del lavoratore al fine di escludere la responsabilità del datore di lavoro (7), per dimostrare la condotta negligente dell'utente della strada (8), per disattendere la richiesta di risarcimento del soggetto infortunato o danneggiato (9), nonché, in generale, per rafforzare l'accertamento della colpevolezza dei soggetti di diritto coinvolti nel processo (10).

In secondo luogo, ciò si realizza quando l'aggettivo abnorme è utilizzato per descrivere la macroscopicità di determinati dati fattuali rilevanti ai fini del giudizio (11).

Del pari, ciò vale per le ulteriori fattispecie in cui la Suprema Corte utilizza l'aggettivo abnorme per descrivere a livello meramente generale ed atecnico situazioni processuali patologiche, salvo poi nel corso della decisione specificare il tipo di vizio posto in essere dal giudice *a quo*, prescindendo del tutto dalle premesse effettuate in motivazione (12).

(5) Viceversa, non possono assumere alcun tipo di considerazione nel presente studio i casi nei quali è la parte ricorrente, del tutto impropriamente, ad etichettare come abnorme una determinata situazione processuale oggetto di censura; in siffatte ipotesi, in effetti, la giurisprudenza si limita a riportare in decisione le affermazioni del ricorrente a sostegno dei motivi di ricorso, per poi prescindere integralmente, ovvero disattendere le argomentazioni prospettate. Ne sono esempi recenti, fra le molte, Cass. Civ., 24 ottobre 2016, n. 21375; Cass. Civ., 29 luglio 2016, n. 15935; Cass. Civ., 11 marzo 2016, n. 4802; Cass. Civ., 20 ottobre 2015, n. 21285. Né possono assumere valore i riferimenti al concetto di abnormità che l'impugnante effettua in modo confusionario, che sono anzi assolutamente da evitare al fine di collaborare quanto più possibile alla delineazione di siffatti fondamentali istituti concettuali: ne costituisce esempio la denuncia, con unico motivo di ricorso, della «violazione e falsa applicazione degli artt. (omissis), oltre a difetto di istruttoria e di motivazione, eccesso di potere, nullità ed abnormità della sentenza» (così Cass. Civ., 21 luglio 2016, n. 15103, in motivazione).

(6) Per riferimenti v. DE MAURO T., voce *Abnorme*, in *Il nuovo De Mauro*, ora disponibile *online* in www.dizionario.internazionale.it.

(7) Ad es. Cass. Civ., 14 giugno 2016, n. 12198.

(8) *Ex multis* Cass. Civ., 26 marzo 1990, n. 2422.

(9) Così Cass. Civ., 4 giugno 2014, n. 12562.

(10) Per un'ulteriore semplificazione v. Cass. Civ., 11 agosto 1988, n. 4927, la quale accerta «l'*abnorme negligenza*» del funzionario pubblico, convenuto in giudizio per risarcimento del danno.

(11) Cass. Civ., 18 novembre 2016, n. 23498, in tema di «*abnorme*» differenza di conteggio nella rivalutazione monetaria in relazione ad una vendita effettuata; Cass. Civ., 8 novembre 2016, n. 22605, per la verifica «dell'*abnorme*» superficie del manto stradale quale causa di un incidente stradale; Cass. Civ., 3 novembre 2016, n. 22233, nel caso di una «*abnorme*» tardività nell'adempimento; Cass. Civ., 21 settembre 2016, n. 18520, per un'ipotesi di «*abnorme*» quantitativo di merce.

(12) Così Cass. Civ., 30 settembre 2005, n. 19210; v. anche Cass. Civ., 29 ottobre 2013, n. 24412, per descrivere il vizio di ammissione di domande chiaramente nuove in appello; Cass. Civ., 11 febbraio 2005, n. 2865, la quale parla in generale di «*decisione abnorme*» in punto di diritto, salvo poi specificare l'errore di interpretazione posto in essere dal giudice.

Infine, vanno attratte in questa medesima cornice le ipotesi in cui i giudici di legittimità qualificano come «*irragionevole o abnorme*» (13) il percorso logico effettuato dal giudice (14), in quanto trattasi di locuzione chiaramente finalizzata ad esaltare la macroscopicità del vizio di motivazione (15).

(13) Così Cass. Civ., 30 marzo 2015, n. 6394, in motivazione.

(14) Peraltro, ad oggi tali situazioni di illegittimità sono state oggetto di novella. Infatti, l'art. 54, co. 1, lett. b), d.l. 83/2012, conv. con mod. in l. 134/2012, ha nuovamente riformato il testo dell'art. 360, co. 1, n. 5, c.p.c., con applicazione nei confronti di ogni sentenza pubblicata dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, ovvero dall'11 settembre 2012 (cfr. art. 54, co. 3, medesimo d.l.). Stando dunque all'attuale testo legislativo, le sentenze pronunciate in grado d'appello o in unico grado possono essere oggetto di ricorso per cassazione «*per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti*». Si tratta, evidentemente, di un sostanziale ritorno alla disposizione originaria del codice di rito, la quale permetteva il sindacato di legittimità «*per omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti*». Viceversa, la pregressa formulazione, introdotta con d.lgs. 483/1948, così come ratificato da l. 581/1950, consentiva l'accesso al giudizio dinanzi alla Suprema Corte «*per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione*», dapprima relativamente ad un «*punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile di ufficio*», ovvero successivamente, a partire da d.lgs. 40/2006, «*circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio*». Parallelamente, l'art. 54, co. 1, lett. a), d.l. 83/2012, ha escluso la possibilità di proporre ricorso per cassazione ai sensi dell'attuale n. 5 dell'art. 360, co. 1, c.p.c., nei casi in cui il giudice di appello dovesse confermare la decisione di primo grado – vuoi dichiarando l'appello inammissibile ex artt. 348 bis e ter vuoi emanando sentenza – per le «*stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, poste a base della decisione impugnata*» (cfr. art. 348 ter, co. 4 e 5, c.p.c.). Infine, l'art. 54, co. 3 bis, d.l. 83/2012, stabilisce che «*le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano al processo tributario di cui al D. Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546*». Orbene, tale esclusione coinvolge solo le disposizioni di modifica relative al procedimento di appello, con la finalità di preservare la specialità del giudizio tributario di merito, e non la riforma afferente la disciplina del giudizio di legittimità dinanzi alla Suprema Corte (sul punto Cass. Civ., 7 aprile 2014, n. 8053, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, 6, p. 1594, con nota di PORCELLI F.). Orbene, fino all'entrata in vigore della suddetta riforma, nonché alla luce della sua ultrasessantenne applicazione, il motivo di ricorso n. 5 dell'art. 360, co. 1, c.p.c., aveva rappresentato la patria del c.d. vizio logico della sentenza emanata dal giudice, essenziale per accedere al sindacato indiretto della *quaestio facti* della controversia, dovendosi intendere il controllo di logicità come verifica degli aspetti discrezionali del giudizio (per tutti già REDENTI E., *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 445). Ed in effetti, secondo la consolidata giurisprudenza stratificatasi sul tema, lo scrutinio di legittimità a norma dell'art. 360, n. 5, prima della riforma del 2012, consisteva nella verifica della sufficienza e della razionalità della motivazione sulle questioni di fatto, la quale implica un raffronto tra le ragioni del decidere adottate ed espresse nella sentenza impugnata e le risultanze del materiale probatorio sottoposto al vaglio del giudice di merito, nel limite in cui ciò non si risolve in mere censure circa l'apprezzamento dei fatti o delle prove da egli fornito; ciò in quanto la motivazione – e di conseguenza la sua correttezza e logicità – rappresenta una componente di importanza fondamentale nell'esercizio della giurisdizione. Per riferimenti v. Cass. Civ., 7 gennaio 2014, n. 91; Cass. Civ., 9 novembre 2012, n. 19544, in *Fisco*, 2012, 44, p. 7095; Cass. Civ., 18 maggio 2012, n. 7863, in *Foro It.*, 2012, 1, p. 2065; Cass. Civ., 15 marzo 2012, n. 4149; Cass. Civ., 14 ottobre 2010, n. 21215; Cass. Civ., 4 febbraio 2010, n. 2615; Cass. Civ., 26 maggio 2005, n. 11197, in *Guida Dir.*, 2005, p. 28, 72; Cass. Civ., 14 aprile 1987, n. 3715, in *Mass. Giur. It.*, 1987. Venendo viceversa agli effetti della riforma in relazione alla possibilità di impugnare la decisione sotto il profilo del vizio di motivazione, può osservarsi quanto segue: stando alla giurisprudenza di legittimità a sezioni unite avutasi sul punto, l'odierno ambito applicativo dell'art. 360, co. 1, n. 5, c.p.c., concerne esclusivamente «*l'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza (rilevanza del dato testuale) o dagli atti processuali (rilevanza anche del dato extratestuale), che abbia costituito oggetto di discussione e abbia carattere decisivo (vale a dire che se esaminato avrebbe determinato un esito diverso della controversia)*» (Cass. Civ., 7 aprile 2014, n. 8053). Sempre stando a tale orientamento, inoltre, l'omesso esame di elementi istruttori, di per sé, non appare idoneo ad integrare la condizione di applicazione della norma; sempre che il fatto storico rappresentato sia comunque stato preso in

Risulta dunque all'evidenza come siffatte ipotesi non possano in alcun modo trovare spazio nella presente trattazione. Orbene, ciò premesso, d'ora in avanti si illustreranno per gradi progressivi di complessità tutte le varie fattispecie di provvedimento abnorme ricavate nel corso del tempo in giurisprudenza. L'intento sarà quello di fornire un quadro di insieme, per poi fornire le opportune considerazioni in chiave sistematica.

3. L'abnormità quale fenomeno assimilabile al vizio di nullità del provvedimento.

Prima di analizzare l'operato della Suprema Corte, occorre richiamare all'attenzione gli approdi della dottrina e della giurisprudenza avutesi nel settore penale;

considerazione dal giudice. Orbene, in senso ricostruttivo, può dunque essere affermato che l'omesso esame ai sensi e per gli effetti del nuovo art. 360, co. 1, n. 5, c.p.c., ricorre quando il giudice, pur rispettando l'esatto perimetro del *thema decidendum*, non effettui alcuna considerazione del fatto controverso e decisivo, ovvero della sua rappresentazione nel processo, con la conseguenza che esso potrà risultare anche dal raffronto tra la sentenza ed il fascicolo di causa (così CAPPONI B., *L'omesso esame del n. 5) dell'art. 360 c.p.c. secondo la Corte di cassazione*, in www.judicium.it; BOVE M., *Giudizio di fatto e sindacato della corte di cassazione: riflessioni sul nuovo art. 360 n. 5 c.p.c.*, in www.judicium.it). Di riflesso, non può essere escluso che la parte possa far leva sul motivo di ricorso n. 4, «nullità della sentenza o del procedimento» (così PICCININNI L., *I motivi di ricorso in Cassazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2013, p. 407), ovvero facendo leva sul motivo di ricorso n. 3, anche al fine di stimolare la funzione nomofilattica della Suprema Corte nei casi di violazione o falsa applicazione di norme di diritto in tema di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali (in questo senso SASSANI B., *Legittimità, nomofilachia e motivazione della sentenza: l'incontrollabilità in cassazione del ragionamento del giudice*, in www.judicium.it; ID., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in cassazione*, in *Corriere Giur.*, 2013, 6, p. 849). Ad ogni modo, sempre stando agli sviluppi giurisprudenziali, la rilevanza del vizio di motivazione della sentenza, quale oggetto di sindacato di legittimità, sembrerebbe ad oggi ridotta ai soli casi in cui il vizio si converta in una violazione di legge costituzionalmente rilevante. Ciò accade quando il *vulnus* al diritto di motivazione sia idoneo ad invalidare la sentenza per violazione dell'art. 132 c.p.c., co. 1, n. 4, c.p.c. (cfr. Cass. Civ., 21 settembre 2015, n. 18449; Cass. Civ., 9 aprile 2015, n. 7070; Cass. Civ., 26 giugno 2015, n. 13189; Cass. Civ., 8 ottobre 2014, n. 21257; Cass. Civ., 22 settembre 2014, n. 19881, in *Dir. Prat. Trib.*, 2015, p. 730; Cass. Civ., 9 giugno 2014, n. 12928). Tali ipotesi, che dunque continueranno a trovare spazio in sede di legittimità ex art. 360, co. 1, n. 4, c.p.c. si configurano quando la motivazione: *aa*) è inesistente dal punto di vista grafico, ovvero risulta meramente apparente (specificamente Cass. Civ., 12 febbraio 2015, n. 2778; Cass. Civ., 3 marzo 2014, n. 4892; Cass. Civ., 20 gennaio 2014, n. 1075); *bb*) si caratterizza per il contrasto irriducibile fra le affermazioni contenute in motivazione, ovvero risulta oggettivamente incomprensibile (in tal senso Cass. Civ., 17 settembre 2013, n. 21148; Cass. Civ., 14 ottobre 2010, n. 21215).

(15) Per ulteriori riferimenti e senza alcuna pretesa di completezza v. Cass. Civ., 27 gennaio 2016, n. 1526; Cass. Civ., 25 gennaio 2016, n. 1253; Cass. Civ., 11 dicembre 2015, n. 25065; Cass. Civ., 10 dicembre 2015, n. 24952; Cass. Civ., 18 settembre 2015, n. 18331; Cass. Civ., 29 maggio 2015, n. 11188; Cass. Civ., 28 maggio 2015, n. 11058; Cass. Civ., 17 gennaio 2014, n. 892; Cass. Civ., 16 gennaio 2012, n. 523; Cass. Civ., 3 novembre 2011, n. 22877; Cass. Civ., 9 settembre 2011, n. 18427; Cass. Civ., 21 gennaio 2011, n. 1477; Cass. Civ., 13 gennaio 2010, n. 397; Cass. Civ., 15 marzo 2007, n. 6052; Cass. Civ., 13 gennaio 2006, n. 594.

ivi, il vizio di abnormità è stato progressivamente distinto da quello di nullità: infatti, mentre un atto è nullo quando contrasta con specifiche disposizioni di legge, lo stesso può dirsi abnorme solo se del tutto incompatibile con l'ordinamento processuale complessivamente considerato (16).

Di contro, l'elasticità cui è improntato il nostro sistema delle nullità processuali non consente di effettuare le medesime considerazioni; a tal proposito, è stato osservato da autorevole dottrina che l'abnormità deriva pur sempre, al pari delle nullità, da uno scollamento tra prescrizione di legge e sua attuazione (17), con il risultato che essa non possa assumere rilevanza autonoma rispetto alla disciplina dettata all'art. 156 c.p.c. (18).

Ed in effetti, nel tempo si registrano numerose pronunce di legittimità le quali riconducono l'abnormità del provvedimento giurisdizionale ad un ordinario vizio di nullità, come tale emendabile nei limiti e secondo le regole proprie degli ordinari mezzi di impugnazione nel rispetto del principio dell'art. 161, co. 1, c.p.c. (19).

Innanzitutto, per un primo filone giurisprudenziale, costituisce provvedimento abnorme la statuizione resa dal giudice in violazione dei diritti di difesa delle parti, sia sotto il profilo della mancata osservanza delle regole imposte per la rituale introduzione del giudizio (20), sia sotto quello della violazione del principio del contraddittorio (21).

(16) V. in questa sede, per tutte, Cass. Pen., 15 aprile 1996, n. 1601, in *Giust. Pen.*, 1997, III, p. 680.

(17) Cfr. in particolare TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 205.

(18) Così MANDRIOLI C., *In tema di invalidazione dei provvedimenti cosiddetti «abnormi»*, cit., p. 577: «le norme vigenti in tema di nullità confermano, infatti, che l'abnormità non assume rilievo se non come una di quelle violazioni di regole formali con riguardo alle quali sono dettate le disposizioni degli artt. 156 ss, ivi compresa la regola della conversione».

(19) L'impostazione dogmatica che fa da sfondo può essere illustrata richiamando all'attenzione Cass. Civ., 28 marzo 1985 n. 2181, la quale, sebbene in materia di responsabilità disciplinare del magistrato, afferma in generale il principio per cui «contro il provvedimento abnorme o comunque inficiato da vizi in iudicando o in procedendo, il sistema appresta appositi rimedi: le impugnazioni». L'equiparazione dell'abnormità con il vizio di nullità è evidente, e sottende due distinti profili di riflessione: stando al primo, all'abnormità non viene concessa autonoma rilevanza rispetto agli ordinari vizi di attività del giudice; stando al secondo, nonché in conseguenza di ciò, essa non è in grado di sottrarre il provvedimento dalla fisiologica regola imposta nell'art. 161, co. 1, c.p.c.

(20) Cass. Civ., 13 giugno 2007, n. 13812, la quale concorda con il rilievo della parte ricorrente, per cui il provvedimento emanato dalla C.T.R. è abnorme in quanto il giudice avrebbe errato nel ritenere nulla la notifica effettuata ai fini dell'instaurazione del giudizio di appello in materia tributaria.

(21) Evidenza a tal proposito Cass. Civ., 14 gennaio 2014, n. 524, in materia di opposizione agli atti esecutivi ex art. 617 c.p.c., che «il provvedimento impugnato non può che considerarsi abnorme, in quanto emesso dal Presidente (...) in data anteriore a quella fissata dal giudice dell'esecuzione per la trattazione dell'opposizione, così violando le stesse disposizioni sul contraddittorio e sul diritto di difesa della parte»; sostanzialmente conformi in relazione al principio di diritto emanato anche Cass. Civ., 2 luglio 2014, n. 15090; Cass. Civ., 28 novembre 2002, n. 16884; nonché Cass. Civ., 16 giugno 2006, n.

In secondo luogo, viene generalmente considerata abnorme la pronuncia del giudice amministrativo che declina ingiustificatamente la propria giurisdizione, ponendo per tali ragioni in essere una «*decisione anomala o abnorme, frutto di radicale stravolgimento delle norme di riferimento*» (22); violazione da far valere nei limiti e secondo le regole dettate per le questioni di giurisdizione ex art. 111, co. 8, Cost., così come trasfuso nell'art. 110 c.p.a. (23).

Inoltre, si rintracciano ulteriori decisioni nelle quali si identifica l'abnormità in vizi di attività del giudice che contrastano con la legge processuale (24): ne sono esempi l'inosservanza del principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato ex art. 112 c.p.c. (25), il mancato mutamento del rito ove necessario (26), l'erronea dichiarazione di

13955 (nel caso esaminato, inoltre, il vizio di abnormità per la Suprema Corte è anche costituito dall'aver trattato il procedimento in forma diversa rispetto a quella prescritta). Interessante, in tale medesima prospettiva, anche Cass. Civ., 8 giugno 1995, n. 6441, che adduce l'abnormità derivata della sentenza del giudice, nella quale si è deciso sulla scorta di prove assunte in violazione delle regole di contraddittorio e difesa in giudizio.

(22) Così Cass. Civ., 24 luglio 2013, n. 17933. Decisamente consolidato, sul punto, l'orientamento di legittimità: senza pretese di completezza v. Cass. Civ., 8 aprile 2016, n. 6891; Cass. Civ., 6 febbraio 2015, n. 2242; Cass. Civ., 24 marzo 2014, nn. 6824 e 6825; Cass. Civ., 4 febbraio 2014, nn. 2407, 2406, 2405, 2404, 2403; Cass. Civ., 27 gennaio 2014, n. 1518; Cass. Civ., 16 gennaio 2014, n. 774; Cass. Civ., 9 settembre 2013, n. 20590; Cass. Civ., 24 luglio 2013, n. 17933; Cass. Civ., 8 febbraio 2013, n. 3037; Cass. Civ., n. 15428 del 2012; Cass. Civ., 12 marzo 2012, n. 3854; Cass. Civ., 1 marzo 2012, n. 3236; Cass. Civ., n. 3854 del 2010; Cass. Civ., 26 gennaio 2009, n. 1853; Cass. Civ., n. 2285 del 2008; Cass. Civ., n. 14211 del 2005; Cass. Civ., n. 525 del 1998; Cass. Civ., n. 8741 del 1987. Si precisa che l'evenienza può coinvolgere anche le logiche del giudice civile.

(23) In particolare, la questione di giurisdizione è rilevabile d'ufficio sino a che sul punto non si sia formato il giudicato, esplicito od implicito. In tal senso, l'art. 9 del codice del processo amministrativo si è conformato al consolidato indirizzo espresso dalla Suprema Corte in punto di rilevabilità officiosa del difetto di giurisdizione, stabilendo la rilevabilità del difetto di giurisdizione d'ufficio in primo grado, nonché in grado di appello mediante espressa impugnazione ed a condizione che non vi sia stata acquiescenza sul capo della sentenza che – esplicitamente o implicitamente – abbia pronunciato su di essa (per tutte Cass. Civ., 7 novembre 2008, n. 26789).

(24) Ad ogni modo, va segnalato che talune decisioni della Corte di Cassazione convogliano il concetto di abnormità, anziché nell'area degli *errores in procedendo*, nell'ambito dei vizi di giudizio del giudice; su tutte, la violazione o falsa applicazione delle norme di diritto ex art. 360, co. 1, n. 3, c.p.c., sebbene riferita a circostanze *sui generis*. In tal senso Cass. Civ., 7 aprile 2016, n. 6791, la quale qualifica il provvedimento come «*decisione abnorme, non rinveniente alcun riferimento nell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale e alcuna giustificazione logica-giuridica*». Per il passato v. Cass. Civ., 14 febbraio 2006, n. 3272, per la quale la statuizione del giudice, «*assunta su premesse affatto praeter legem, deve quindi ritenersi abnorme ed il decreto deve essere cassato*».

(25) Pur se non costituente oggetto di specifico accertamento da parte della Suprema Corte, nella fattispecie processuale sottesa a Cass. Civ., 18 febbraio 2016, n. 3201, quest'ultima sottintende l'equiparazione concettuale fra vizio di mancata pronuncia ex art. 112 c.p.c. e conseguente abnormità della decisione emanata dal giudice, in adesione rispetto a quanto sostenuto da parte ricorrente. Viceversa, nella giurisprudenza di merito, si segnala App. Torino, 22 gennaio 2004, n. 124, la quale definisce espressamente abnorme la pronuncia del giudice di primo grado, dopo che lo stesso aveva già provveduto ad emanare sentenza non definitiva sulla controversia, «*di non luogo ad ulteriormente provvedere*»; a ben vedere, in tal caso l'abnormità consegue direttamente alla violazione dell'art. 112 c.p.c., in quanto espressione del più generale principio del divieto di *non liquet* (a costo di applicare, quale *extrema ratio*, la regola di giudizio attinente al rischio della mancata prova e sottesa all'art. 2967 c.c.). Cfr. sul punto in

inammissibilità di un'istanza (27), la violazione delle regole imposte dal codice per la liquidazione delle spese di lite (28), nonché, in materia di impugnazioni, l'illegittima riespansione in sentenza dell'oggetto della causa rispetto a questioni già passate in giudicato o non riproposte dall'appellante (29), ovvero l'ingiustificata disapplicazione delle norme sull'improcedibilità (30) o sull'estinzione (31) di siffatto giudizio.

Le osservazioni di fondo appena effettuate non mutano al cospetto di fattispecie abnormi tipicamente riconducibili alle vicende dei procedimenti speciali, ove, dal punto di vista statico e prescindendo ancora dall'analisi del regime giuridico del provvedimento viziato, l'anomalia consiste nella violazione di specifiche regole

dottrina, fra i molti, CONSOLO C., voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, VII, Torino, 1998, p. 80; CALVOSA C., *Omissione di pronuncia e cosa giudicata*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1950, I, p. 225. Ad ogni modo, sul profilo della sentenza di non luogo a provvedere si ritornerà in seguito nel testo.

(26) Per Cass. Civ., 10 agosto 2006, n. 18038, in materia di procedimento per liquidazione di onorari di avvocato (disciplinato *ratione temporis* dagli artt. 28 e 29, l. 794/1942), «*il Tribunale avrebbe dovuto disporre il mutamento del rito, procedendo alla trattazione del merito alla stregua dei principi della cognizione ordinaria; ritenuto, pertanto, che il provvedimento del Tribunale è abnorme e deve essere cassato con rinvio al medesimo Tribunale, che procederà nel senso suddetto e provvedere anche per le spese di questo giudizio*».

(27) Così Cass. Civ., 22 febbraio 1993, n. 2176, per il caso concernente la richiesta di ricusazione di un giudice.

(28) Così Cass. Civ., 19 novembre 2009, n. 24465.

(29) Quanto al primo profilo v. Cass. Civ., 15 giugno 1995, n. 6776, per il caso in cui il giudice di appello riapra illegittimamente la questione circa la competenza territoriale, oramai passata in giudicato interno; quanto al secondo profilo, v. Cass. Civ., 14 marzo 2006, n. 5448, per l'ipotesi di sentenza «*manifestamente abnorme*» per avere il giudice di appello statuito sopra domanda non riproposta dalla parte ex art. 346 c.p.c.

(30) In tal senso Cass. Civ., 14 maggio 2012, n. 7437. Nel caso di specie, la corte di appello di Firenze aveva dichiarato il «*non luogo a provvedere*» a seguito della mancata comparizione delle parti all'udienza di discussione, all'esito del procedimento di equa riparazione ex art. 6, paragrafo 1, C.E.D.U. (recepito, in Italia, tramite l. 89/2001). Successivamente, il Presidente della corte aveva respinto con decreto l'istanza di riassunzione della parte interessata, sull'erroneo presupposto che «*i procedimenti in camera di consiglio non prevedono l'applicazione analogica dell'art. 181 cod. proc. civ.*». La parte propone ricorso per cassazione, denunciando l'illegittima negazione del provvedimento ordinatorio di fissazione di una nuova udienza di trattazione. Ed in effetti, a parere della Suprema Corte, il «*diniego della fissazione di una nuova udienza da parte del Presidente della Corte di appello di Firenze, che, per contro, ha ritenuto inapplicabile al procedimento camerale la norma invocata (in dissenso implicito, se consapevole, con la giurisprudenza di legittimità) ha creato una situazione di stallo procedimentale non altrimenti componibile che con un ricorso per cassazione contro un provvedimento che, seppur privo in sé di natura decisoria - sia per il contenuto, che per la provenienza dal capo dell'ufficio giudiziario, e non dal collegio giudicante - conclude, in modo abnorme, un processo contenzioso su diritti soggettivi*»; dunque, il ricorso viene accolto con rinvio. Conformi Cass. Civ., 15 gennaio 2013, n. 830; Cass. Civ., 30 novembre 2012, n. 21450; Cass. Civ., 7 dicembre 2005, n. 27080 (quest'ultima avutasi in materia di reclamo camerale).

(31) Cass. Civ., 15 marzo 2016, n. 5031, reputa manifestamente fondato il ricorso basato sull'abnormità della pronuncia di estinzione del giudizio in grado di appello, qualora emanata senza effettuare il previo rinvio dell'udienza ex art. 181 c.p.c. V. in passato anche Cass. Civ., 23 febbraio 1989, n. 1011.

processuali poste a presupposto della decisione emanata (32). Si pensi, sotto questo profilo, all'ordinanza di scioglimento della comunione contraria al disposto dell'art. 785 c.p.c. in quanto emanata senza prendere in considerazione la presenza di contestazioni fra le parti (33), ovvero all'ordinanza di convalida dello sfratto emanata a fronte dell'opposizione dell'intimato comparso all'udienza in violazione dell'art. 663 c.p.c. (34).

Peraltro, non sarà sfuggito al lettore che in questa sede non ha trovato spazio la nota casistica del provvedimento abnorme in quanto emanato in forma diversa da quella prescritta per legge; al riguardo, preme precisare come la giurisprudenza, laddove non abbia potuto applicare in tutto e per tutto il principio della prevalenza della sostanza, con conseguente irrilevanza del vizio in sede di impugnazione, ha finito per considerare l'inesistenza giuridica del provvedimento emanato, stante l'accertamento del difetto di sottoscrizione del giudice rilevante *ex art. 161, co. 2, c.p.c.* (35).

(32) La soluzione fornita è nel senso di far confluire tali ipotesi fra le nullità *extra* – formali per carenza in concreto del potere del giudice di decidere la controversia in quelle determinate forme. Infatti, secondo l'impostazione maggioritaria avutasi sul tema ed attualmente più accreditata, tali vizi non si risolvono in un regime giuridico estraneo rispetto alla regola del principio di assorbimento dei vizi di nullità in motivi di gravame. Sul punto MANDRIOLI C., *L'assorbimento*, cit., p. 112: «*in tutti gli altri casi di mancanza del potere (...) ravviserei invece un fenomeno che, sia pure attraverso altre vie, finisce anch'esso col ricondursi alla violazione di regole formali*». L'A. utilizza, come collante, il principio di congruità delle forme allo scopo, cosicché, nei casi di divergenza fra forma del provvedimento e suo contenuto tipico, anche se dovuta ad utilizzazione distorta del potere per difetto dei presupposti, la regola violata rimane pur sempre quella dell'art. 131, co. 2, c.p.c., che a sua volta viene ricompresa nell'ambito dell'art. 156, co. 2 e 3, c.p.c.

(33) Per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali cfr. le numerose pronunce citate a breve. Si rimanda al prosieguo l'analisi della soluzione prescelta per sopire l'acceso dibattito avutosi sul regime giuridico di impugnazione. Peraltro, si segnala fin d'ora che a seconda dell'impostazione prescelta cambia il tipo di vizio rilevante in sede di impugnazione. Infatti, se da un lato l'impugnazione dell'ordinanza mediante ricorso straordinario per cassazione consente di ottenere la cassazione del provvedimento per violazione di norme processuali (nel caso oggetto di esemplificazione nel testo dell'art. 785 c.p.c.), la regola della prevalenza della sostanza sulla forma impone di considerare l'ordinanza alla stregua di una sentenza appellabile; ma ciò, conseguentemente, comporta che il vizio sarà semmai costituito dalla violazione del diritto al contraddittorio, ricavabile dalla disposizione dell'art. 190 c.p.c., peraltro subordinata alla dimostrazione del concreto pregiudizio subito dalla parte; il che, ad ogni modo, equivale a dover dimostrare nel merito la specificità delle contestazioni avanzate in relazione all'insussistenza del diritto alla divisione, *id est* a trattare *ex novo* la situazione sostanziale controversa in grado di appello.

(34) Anche in questo caso valgono le medesime considerazioni appena effettuate nella nota precedente. Per riferimenti v. ancora JANNUZZI A., *L'impugnazione del provvedimento*, cit., p. 2183; ANSELMI BLAAS V., *Impugnazione di ordinanza di convalida di licenza o sfratto pronunciata fuori dei casi prescritti dalla legge*, in *Giur. It.*, 1962, I, 1, p. 172; ONDEI E., *Convertibilità dei provvedimenti del giudice?*, cit., p. 577; TARZIA G., *Profili della sentenza civile*, cit., p. 153; SORACE S., *Spunti intorno ai provvedimenti*, cit., p. 1673.

(35) Cfr. ancora *retro* Cap. III, Sez. II, p. 176 ss. Tali questioni verranno riprese e dibattute di qui a poco; ad ogni modo, volendo in parte anticipare il delicato tema, il provvedimento anomalo emanato in forma diversa da quella prescritta potrebbe ingenerare ulteriori profili di nullità in relazione alla sua idoneità o meno a raggiungere lo scopo affidatogli dalla legge. Ed in effetti, secondo MONTESANO L.,

3.1. Il rapporto fra abnormità e nullità.

Nel corso della presente trattazione è stata dedicata specifica attenzione alla disciplina delle nullità processuali civili, sotto il profilo dell'identificazione del relativo vizio.

Volendo in questa sede esporre sinteticamente i risultati della ricerca, è possibile affermare come la nullità possa derivare da qualsiasi carenza formale dell'atto, la quale, laddove non espressamente prevista dal codice di rito, renda comunque l'atto incapace al raggiungimento dello scopo previsto per legge. Inoltre, secondo la preferibile ricostruzione dottrinale, viene richiesto che tale vizio non sia talmente grave da impedire il raggiungimento effettivo dello scopo, pena la sua riconducibilità all'istituto dell'inesistenza giuridica (36).

Mutatis mutandis, le medesime considerazioni possono essere adattate ai vizi insiti nei provvedimenti giurisdizionali del giudice, per difetti formali dell'atto ovvero concernenti i presupposti o le condizioni per l'esercizio del potere giurisdizionale (37); tali violazioni si convertono in altrettanti motivi di nullità, denunciabili a seconda del regime giuridico della decisione in fase di gravame o dinanzi la Suprema Corte *ex art.* 360, co. 1, n. 4, c.p.c. (38).

Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale, in *Riv. Dir. Proc.*, 1958, p. 533, «nell'impiego di un tipo per emanare statuizioni riservate ad un tipo diverso, dovrà normalmente ravvisarsi una causa di nullità dell'atto per inidoneità al raggiungimento dello scopo». In giurisprudenza, per una decisione di riferimento in tema di mancata sottoscrizione della sentenza v. Cass. Civ., 24 febbraio 2011, n. 4471, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, II, p. 290.

(36) Cfr. quanto osservato *retro* Cap. II, pp. 120 – 122.

(37) Medesima è l'impostazione prescelta da POLI R., *Invalidità ed equipollenza*, cit., pp. 151 – 152, per il quale «anche il rispetto dello spazio e del tempo processuale, ove prescritti o comunque indispensabili allo scopo, devono essere considerati requisiti formali essenziali dell'atto processuale, cosicché la loro violazione comporta la nullità dell'atto, [così come] ogni volta che ci si trova al cospetto di una disposizione che ha per contenuto una regola di condotta, e questa si rivela indispensabile allo scopo della disposizione stessa, la sua violazione comporta nullità dell'atto, anche se la nullità non è comminata dalla legge». Concorde anche AULETTA F., *Nullità*, cit., pp. 146 – 167; ORIANI R., voce *Nullità*, cit., p. 11. In giurisprudenza cfr. Cass. Civ., 8 giugno 1999, n. 5628; Cass. Civ., 21 novembre 1998, n. 11778.

(38) Stando all'attuale indirizzo dominante della giurisprudenza di legittimità, quando l'*error in procedendo* è in grado di determinare la nullità della sentenza impugnata, viene in luce la funzione della Suprema Corte quale giudice del c.d. fatto processuale. Per ulteriori approfondimenti cfr. BALENA G., *Questioni processuali e sindacato del fatto in Cassazione*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2012, p. 837; PROTO PISANI A. (diretto da), *Violazione delle norme processuali*, in *Giur. Sist. Dir. Proc. Civ.*, Torino, 1998, spec. p. 1429 ss.; NARDO G., *Errori in procedendo e giudizio di fatto nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Riv. trim.*, 1992, p. 689 ss.; LORENZETTO PESERICO A., *Errori in procedendo e giudizio di fatto in Cassazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976, I, p. 638 ss. Infatti, i giudici di legittimità, allorché venga in

Tutto ciò premesso, nonché alla luce dell'esposizione finora effettuata, può concludersi nel senso che:

a) le ipotesi di abnormità elencate nel paragrafo precedente sono pienamente riconducibili al vizio di nullità dal punto di vista strutturale, in quanto concernenti specifiche violazioni di norme processuali riconducibili al paradigma dell'art. 156 c.p.c.;

b) le ipotesi di abnormità elencate nel paragrafo precedente, dal punto di vista funzionale ed in armonia con il principio dell'assorbimento previsto nell'art. 161, co. 1, c.p.c., possono essere fatte valere dalla parte mediante proposizione di apposito motivo di impugnazione, senza alcuna alterazione del regime giuridico del provvedimento (39). Ciò, al pari di ogni altro vizio di nullità contenuto nella sentenza fisiologicamente emanata nei casi prescritti dalla legge.

Peraltro, si precisa che le suesposte conclusioni valgono ad identificare la specifica matrice del vizio posto in essere; analisi separata concernerà invece gli effetti che tali vizi possono produrre sul piano dell'impugnabilità del provvedimento: il riferimento, oltre che allo scambio di moduli in violazione dell'art. 279 c.p.c. (40), è

rilievo la corretta applicazione di norme processuali, sono investiti del potere/dovere di verificare, mediante l'accesso diretto agli atti su cui si fonda il ricorso, l'effettiva sussistenza della violazione denunciata, a prescindere dalle motivazioni addotte in precedenza dal giudice di merito. Ad ogni modo, anche in queste ipotesi dovrà farsi applicazione del principio di autosufficienza, per cui la questione dovrà essere validamente portata alla cognizione della Suprema Corte attraverso un apposito motivo di ricorso ex art. 360, n. 4, c.p.c., adempiendo inoltre ai consueti oneri di allegazione e deposito previsti agli artt. 366, co. 1, e 369, co. 2, c.p.c. (sul punto v. di recente Cass. Civ., 1 ottobre 2015, n. 19410; Cass. Civ., 13 aprile 2015, n. 7374). In disparte, poi, il dibattito dottrinale sull'eventuale scindibilità degli errori *latu sensu* di attività del giudice in due categorie: da un lato gli *errores in procedendo* (sussumibili al n. 4 dell'art. 360 c.p.c.), dall'altro gli *errores in iudicando de iure procedendi* (verosimilmente sussumibili al n. 3 dell'art. 360 c.p.c.): non è questa la sede per poter illustrare l'interessante dibattito; ad ogni modo, si rinvia per tali questioni agli studi di LUISO F. P., *Manuale*, II, cit., p. 415; CONSOLO C., *L'impugnazione delle sentenze e dei lodi*, II, cit., p. 318; LIEBMAN E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, II, cit., p. 258; FAZZALARI E., *Il giudizio civile di Cassazione*, Milano, 1960, p. 63 ss.; PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 517; MONTELEONE G., *Manuale*, I, cit., p. 660; MAZZARELLA F., *Analisi del giudizio civile di cassazione*, 3^a ed., Padova, 2003, p. 66 ss.

(39) La conclusione prospettata nel testo muove dal presupposto dogmatico secondo cui, al fine di poter stabilire se residua o meno uno spazio entro cui collocare figure autonome di invalidità oltre a quelle già tipizzate (nullità ed inesistenza), occorre rintracciare l'autonomia del loro profilo strutturale nonché funzionale. Così rileva POLI R., *Invalidità ed equipollenza*, cit., p. 140: «il profilo strutturale è dato da aa) la fonte delle invalidità; bb) il tipo o fisionomia del vizio di invalidità; cc) la causa o ragione giustificativa della invalidità. Il profilo funzionale è dato dal regime in senso ampio della invalidità, ed in particolare da: dd) le conseguenze della invalidità sull'atto; ee) le conseguenze della invalidità sul procedimento; ff) il regime specifico delle invalidità (il quale, a sua volta, è dato dalla specifica configurazione delle modalità della sua rilevanza e della sua sanabilità».

(40) L'ipotesi che sembra racchiudere in sé l'emblema di ogni disputa su tale questione, è quella dell'ordinanza emanata nel processo ordinario di cognizione in luogo di sentenza. Infatti, a prescindere dalla soluzione adottata ai fini della sua impugnabilità, merita attenzione la seguente circostanza: quali

all'adozione, nei procedimenti speciali, di provvedimenti in violazione degli specifici presupposti: in queste ipotesi, infatti, diventa condizione preliminare essenziale individuare il corretto regime giuridico della decisione emanata.

Inoltre, lungi dall'aver esaurito la trattazione della tematica, come si vedrà nel prossimo paragrafo, fattispecie di provvedimento abnorme sono state ravvisate dalla

tipi di vizi eventualmente rechi siffatta decisione. Innanzitutto, occorre verificare se l'ordinanza con cui si è preteso decidere il merito della controversia sia stata emanata dal giudice istruttore ovvero dal collegio. Partendo dalla prima ipotesi, peraltro, si reputa necessaria un'ulteriore suddivisione. In primo luogo, infatti, il giudice istruttore potrebbe aver deciso con ordinanza la causa intendendo il giudizio instaurato a cognizione monocratica: di qui, la rilevanza delle censure che la parte intende muovere avverso il provvedimento. Nello specifico, ove quest'ultima lamenti la natura collegiale della decisione, allora essa avrà interesse ad evidenziare la violazione dell'art. 50 *bis* c.p.c. sulla corretta composizione del tribunale (arg. *ex* art. 50 *quater* c.p.c.). Viceversa, nel caso in cui la parte reputi corretta la natura monocratica della decisione, così come nella seconda ipotesi che si è prospettata, cioè quando l'ordinanza a statuizione decisoria sia stata emanata direttamente dal collegio, si ha che la violazione denunciabile risulta essere – *in primis* – quella dell'art. 190 c.p.c., per violazione dei diritti di difesa; ciò, peraltro, subordinato all'allegazione e dimostrazione dell'utilità di ulteriori difese, e dunque dell'effettivo pregiudizio subito dalla parte (altrimenti la nullità può reputarsi sanata). Dopodiché, occorre interrogarsi sulla possibile rilevanza di vizi per il solo fatto che il provvedimento sia emanato in forma diversa da quella prescritta. A tal proposito, discostandosi dall'inaccettabile principio di identificazione del provvedimento in base alla sua sostanza, nonché lungi dall'appiattare le riflessioni al solo difetto di sottoscrizione del giudice (cfr. CARRATTA A., «*Sostanza del provvedimento abnorme*, cit.), occorre interrogarsi, in generale, sulla possibilità che l'ordinanza emanata sia, sotto ogni profilo, idonea a raggiungere lo scopo che sarebbe stato proprio della sentenza. Orbene, per rispondere agli interrogativi sollevati, occorre innanzitutto delineare lo scopo che per legge viene affidato alla sentenza: a tal fine, sembra corretto rinvenire lo stesso nella funzione di accertamento ivi contenuta; accertamento idoneo a passare in giudicato in assenza di tempestiva impugnazione (cfr. ALLORIO E., *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1948, p. 514). Il tema, più in generale, coinvolge un delicatissimo bilanciamento di interessi: da un lato, l'aspirazione dell'ordinamento alla conservazione degli effetti di un atto difforme dal modello legale; dall'altro, l'esigenza di certezza e di tutela delle parti assicurata dal carattere essenzialmente formale degli atti del procedimento. A tal proposito, la soluzione che si ritiene preferibile è quella di concedere spazio, in armonia con il primo gruppo di interessi, al principio di equipollenza degli atti giurisdizionali, il quale sembra essere giustificato dalla seguente ottica sistematica, che si ritiene corretta: non esiste un potere «di sentenza» o «di ordinanza», ma esiste semmai un potere decisorio ovvero ordinatorio, che per errore può essere manifestato mediante un modulo diverso da quello prescritto per legge (così GARBAGNATI E., *Recensione*, cit.); di contro, si ritiene di escludere che l'identificazione del regime giuridico si possa ricavare esclusivamente dalla forma concreta dell'atto, in quanto la forma utilizzata configura diretta espressione del potere esercitato (in questo senso TARZIA G., *Profili*, cit.). Questi rilievi consentono di affermare che, a prescindere dalla forma utilizzata, l'idoneità al giudicato di un provvedimento deriva dal carattere decisorio della statuizione contenuta nel dispositivo, purché naturalmente il provvedimento sia inquadrabile in un processo a carattere contenzioso fra le parti. La circostanza, peraltro, è confermata a livello positivo, in quanto sussistono molte fattispecie in cui lo stesso legislatore prevede che la statuizione finale debba assumere i caratteri dell'ordinanza o del decreto, ma a parte ciò, essa risulta pur sempre idonea a costituire accertamento idoneo a passare in giudicato (solo per fare un esempio, si pensi al processo sommario di cognizione). Ad ogni modo, nonostante tali rilievi, la parte potrebbe comunque avere interesse a lamentare un normale vizio di nullità insito nel provvedimento, quale potrebbe essere il difetto di motivazione, ovvero l'omesso esame di circostanze decisive per il giudizio; viceversa, ogni restante ipotesi può costituire motivo di correzione del provvedimento (si richiamano a tal proposito le considerazioni già effettuate *retro* Cap. II, p. 120, nota 229, alla luce della giurisprudenza maggioritaria avutasi sul tema). Ad ogni modo, le valutazioni sinteticamente esposte nel corso di questa nota verranno riprese sotto altro profilo più avanti nel testo, in quanto utili per dirimere i contrasti avutisi in tema di impugnazione del provvedimento anomalo o abnorme reso nel corso del processo ordinario di cognizione.

giurisprudenza – anche e soprattutto – in ulteriori ipotesi, che esulano dalla schematica della nullità per trascendere in quella dell'inesistenza giuridica (41).

4. L'abnormità quale fenomeno assimilabile al vizio di inesistenza del provvedimento.

Come appena anticipato, la giurisprudenza suole ricondurre al fenomeno dei provvedimenti abnormi anche ogni sentenza, o provvedimento a carattere decisorio, che presenti vizi talmente gravi da essere classificato come inesistente, con conseguenze peculiari dal punto di vista del regime di contestazione del vizio.

Ciò a differenza di quanto profilatosi nel processo penale, ove l'istituto dell'abnormità viene generalmente scisso da quello dell'esistenza giuridica della decisione emanata (42). Peraltro, la diversa soluzione prescelta nel settore civilistico, come visto, sembra essere giustificata dal fatto che queste due fattispecie di invalidità sono il frutto dell'operato dell'interprete, in un sistema dove manca una netta linea di confine fra tassatività e residualità (43).

Si cercherà, a questo punto, di fornire un quadro della casistica (44).

Innanzitutto, la Suprema Corte qualifica abnorme il provvedimento emanato da un soggetto privo di giurisdizione (45), ovvero carente in assoluto di potestà

(41) A tal proposito TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 205, parla di un generico «eccesso – carenza – straripamento» del potere giurisdizionale.

(42) V. ancora *retro* Cap. I, Sez. II, p. 42 ss.

(43) Sul punto *retro* Cap. II, p. 118 ss.

(44) In disparte le ipotesi in cui l'invalidità concerne un atto processuale di parte; a tal proposito si registra un indirizzo volto a considerare abnorme la notificazione radicalmente inesistente effettuata dalla parte, come tale insanabile con effetto *ex tunc*. Per riferimenti Cass. Civ., 28 aprile 2015, n. 8555: «la notificazione è inesistente, con conseguente insanabilità *ex tunc*, soltanto allorché la relativa abnormità sia tale da non consentirne in alcun modo l'inserimento nello sviluppo dell'iter procedimentale o processuale». Conformi Cass. Civ., 31 maggio 2016, n. 11276; Cass. Civ., 21 dicembre 2015, n. 25684; Cass. Civ., 10 settembre 2014, n. 19035; Cass. Civ., 13 maggio 2014, n. 10327; Cass. Civ., 16 ottobre 2003, n. 15482; Cass. Civ., 13 febbraio 1999, n. 1195; Cass. Civ., 9 dicembre 1994, n. 10548; Cass. Civ., 2 giugno 1994, n. 5369; Cass. Civ., 18 maggio 1994, n. 4857; Cass. Civ., 29 luglio 1993, n. 8419.

(45) Così Cass. Civ., 27 novembre 2015, n. 24228. Nel caso di specie è stata accolta un'opposizione all'esecuzione avverso l'attuazione coattiva del capo spese contenuto in un provvedimento emanato dal commissario per la liquidazione degli usi civici, il quale aveva agito prescindendo dalla benché minima attribuzione di potestà giurisdizionale. Conforme in motivazione Cass. Civ., 29 luglio 1998, n. 7420; Cass. Civ., 29 luglio 1998, n. 7420; cfr. anche Cass. Civ., 12 novembre 1998, n. 11433, in tema di carenza assoluta del potere amministrativo in capo al sindaco.

giurisdizionale in relazione alla specifica controversia (46), e come tale radicalmente improduttivo di effetti.

Sotto tale profilo, costituiscono classici esempi di abnormità/inesistenza i decreti di acquisizione del giudice delegato concernenti beni sopra i quali sono presenti rivendicazioni ad opera di terzi (47). Infatti, se in astratto l'acquisizione dei beni posseduti dal fallito costituisce procedimento privo di contenuto giurisdizionale, espressione cioè della funzione amministrativa di direzione delle operazioni fallimentari, quando essa viene utilizzata allo scopo di far confluire nella massa fallimentare beni detenuti da terzi o sui quali sono affermati diritti incompatibili con le pretese fallimentari, allora il giudice delegato pone in essere un'effettiva definizione della controversia insorta, nonostante sia sprovvisto dei necessari poteri giurisdizionali (48).

(46) Per Cass. Civ., 12 settembre 1995, n. 9628, sebbene con pronuncia meno condivisibile sul piano astratto, in tema di ricorso accolto in primo grado *ex art. 28, l. 794/1942*, «*il provvedimento impugnato deve essere considerato del tutto abnorme, e quindi inesistente, in quanto è stato emesso non già dal pretore dirigente la Pretura, ma dal dirigente della sezione lavoro della Pretura, nonostante che fosse stata contestata l'esistenza stessa di un rapporto professionale tra le parti in causa; esso va quindi cassato senza rinvio*»; Cass. Civ., 5 febbraio 2016, n. 2296, inoltre, accerta «*l'abnormità del provvedimento correttivo, in quanto adottato dal Tribunale in assenza di istanza di parte, e quindi in carenza di potere*»; ancora, Cass. Civ., 24 novembre 1989, n. 5075, afferma in motivazione che «*se il giudice resta entro l'ambito dei poteri che la legge gli attribuisce non può pregiudicare i diritti delle parti, perché il fondamento di quei poteri implica la ratifica di un accordo raggiunto dalle parti stesse; se invece il giudice emettendo un provvedimento extra ordinem attribuisce un bene della vita al di fuori dei normali canali del processo contenzioso, emette un provvedimento abnorme in carenza di poteri contro il quale non è data impugnazione per impedire il cristallizzarsi del decisum, ma l'azione di nullità volta a far concretare l'assoluta inidoneità del provvedimento a produrre un qualsivoglia effetto giuridico*»; Cass. Civ., 10 ottobre 2006, n. 21707, in tema di illegittima condanna alle spese all'esito dell'estinzione del giudizio, accerta che «*il provvedimento del quale si discute va considerato abnorme, in quanto emesso in carenza d'attribuzione, non della potestas indicandi in generale, che comunque appartiene al giudice, ma dell'esercitato potere in relazione a specifica fattispecie decisionale altrimenti regolata dalla norma*». Cfr. infine Cass. Civ., 9 giugno 2010, n. 13897 in materia di esaurimento del potere giurisdizionale del giudice delegato all'esito del procedimento per concordato preventivo.

(47) In generale sul tema v. TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 217 ss.; DIDONE A., *Insinuazione tardiva e impugnabilità in Cassazione del decreto del g.d.*, in *Fall.*, 1997, p. 291; ID., *Impugnabilità del decreto di ammissione parziale del credito contestato*, in *Foro It.*, I, p. 421; RAGUSA MAGGIORE G., *Quale è il rimedio avverso un provvedimento abnorme del giudice delegato nel procedimento di insinuazione tardiva di un credito?*, in *Foro It.*, 1997, I, p. 2874; GUGLIELMUCCI L., *Lezioni di diritto fallimentare*, Torino, 2001, p. 251; LUISO F. P., *Il giudice delegato: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1993, p. 817; RICCI E. F., *Lezioni sul fallimento*, I, Milano, 1998, p. 288 – 289; ROSSI R., *I decreti di acquisizione del giudice delegato: limiti applicativi e finalità*, in *Giust. Civ.*, 1997, I, p. 409.

(48) Per tutte Cass. Civ., 18 agosto 2004, n. 16083: «*il contenuto dei decreti medesimi integra sicuramente i caratteri dei provvedimenti cd. "abnormi", adottati cioè in radicale carenza di potere, infatti, costituiscono principi costantemente affermati da questa Corte (cfr., ex pluribus, sentt. nn. 2270 del 1984, pronunciata a s. u., 4214 del 1992, 8004 del 1996, 4590 e 6353 del 1997, 3746 del 2001), ed integralmente condivisi dal Collegio, quelli, secondo cui il decreto di acquisizione al fallimento di beni detenuti da terzi, emesso ai sensi dell'art. 25 comma 1 n. 2 della legge fallimentare, può essere adottato*

Del pari, la nozione di abnormità è stata adagiata su quella dell'inesistenza giuridica per l'ipotesi in cui il giudice, in violazione delle regole sul *litisconsortio* necessario processuale, abbia emanato una sentenza radicalmente inefficace (49).

Inoltre, come già ampiamente visto in precedenza, nel caso di ordinanza collegiale emanata in luogo di sentenza, il principio di prevalenza della sostanza sulla forma di matrice giurisprudenziale è costretto a recedere di fronte alla constatazione del difetto di sottoscrizione del provvedimento anomalo, con la conseguenza peculiare di un rinvio restitutorio al giudice del primo grado, dopo aver accertato, eventualmente d'ufficio, l'inesistenza giuridica dell'ordinanza, seppur correttamente impugnata (50).

Altro esempio di provvedimento abnorme/inesistente è per la giurisprudenza costituito dalla sentenza emessa due volte dallo stesso giudice, in quanto dopo la prima

*dal giudice delegato nell'ipotesi in cui il terzo non contesti l'appartenenza del bene all'asse fallimentare e non anche in quella, nella specie, in cui lo stesso opponga un proprio diritto esclusivo incompatibile con la sua inclusione nell'attivo fallimentare; secondo cui, in tale seconda ipotesi, sia il decreto del giudice delegato, sia il decreto confermativo emesso dal tribunale in esito a reclamo devono ritenersi giuridicamente inesistenti, in quanto essi, lungi dal mantenersi nell'alveo dell'attività amministrativa di gestione del patrimonio fallimentare, finiscono per statuire, in via definitiva, su questioni di diritti soggettivi, che non possono essere certamente risolte nell'ambito della procedura ex artt. 25-26 legge fall., ma vanno decise in un ordinario processo di cognizione nel contraddittorio tra le parti contendenti, secondo cui, decreti siffatti, risultando emessi in radicale carenza di potere ed essendo, quindi, inidonei a disporre della situazione giuridica in contestazione, non sono suscettibili di passare in cosa giudicata». In passato, fra le prime pronunce sul tema v. Cass. Civ., 9 aprile 1984, nn. 2258, 2259 e 2260, nonché in seguito Cass. Civ., 4 febbraio 1993, n. 1402, in *Fall.*, 1993, p. 526.*

(49) Cass. Civ., 11 marzo 2008, n. 6480.

(50) Per tutte Cass. Civ., 26 gennaio 1995, n. 910: «ove l'impugnazione del provvedimento abnorme, per difetto di coerenza fra contenuto e forma, venga proposta per motivi diversi da quelli connessi alla detta carenza di sottoscrizione, ciò non priva il giudice dell'impugnazione del potere - dovere di dichiarare di ufficio il relativo vizio, stante la sua idoneità a determinare una nullità - inesistenza (Cass., 3 agosto 1984, n. 4616): sicché, in buona sostanza, il difetto di uno dei requisiti minimi per la riconducibilità del provvedimento al suo archetipo legale, agisce non già come fattore preclusivo della proposizione dei mezzi di impugnazione ordinari, ma come una qualità negativa dell'atto che prevale su ogni altro vizio che sia stato per il tramite dei mezzi stessi denunciato ed impone al giudice il relativo rilievo anche se ad esso non si estendono le censure effettivamente proposte. Può, pertanto, formularsi il principio secondo cui il provvedimento collegiale erroneamente emanato dal giudice di appello in forma di ordinanza - e, quindi, sottoscritto dal solo presidente -, con il quale sia dichiarata l'improcedibilità del gravame, ha natura di sentenza, per il suo contenuto decisorio e definitivo, con la duplice conseguenza della sua impugnabilità con ricorso per Cassazione e della necessità che i suoi requisiti formali di validità siano commisurati alla disciplina dettata dall'art. 132 c.p.c.; di guisa che, ove il presidente non cumuli in sé anche la qualità di relatore, la presenza della sua sola sottoscrizione rende il provvedimento medesimo viziato dalla nullità insanabile di cui all'art. 161, comma 2, c.p.c., la quale può essere fatta valere col ricorso suddetto, ma, in caso di proposizione di questo per motivi diversi, deve essere rilevata, anche di ufficio, dalla Corte di legittimità, con Cassazione del provvedimento impugnato e rinvio della causa ad altro giudice equiordinato (dovendosi fare applicazione dell'art. 383, comma 1, c.p.c., allorché, come nella specie, il vizio riguardi la sentenza di appello, in quanto l'ipotesi di mera rimessione allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza viziata, riguardata dal terzo comma della medesima norma, concerne soltanto il caso di nullità afferenti alla sentenza di primo grado) cui spetta di verificare la effettiva sussistenza dei presupposti per la declaratoria di improcedibilità e, nell'ipotesi affermativa, di provvedervi nelle forme di legge».

decisione lo stesso si spoglia integralmente dei poteri decisorii in relazione alla specifica controversia, ponendo dunque in essere, con la seconda statuizione, un atto radicalmente inefficace, siccome emesso in carenza assoluta di potestà giurisdizionale (51); analoga fattispecie è riscontrabile nella doppia pronuncia del dispositivo emesso nel rito del lavoro (52), nonché, in generale, ogni ulteriore pronuncia adottata dal giudice che si sia già spogliato dei poteri giurisdizionali sulla controversia (53).

Sono inoltre sussumibili entro tale categoria le abnormità dovute a totale straripamento dal potere giurisdizionale (54): tipico il caso del giudice che pone in sentenza un nuovo precetto normativo (55).

(51) Cass. Civ., 28 dicembre 2009, n. 27428, sostiene l'abnormità del provvedimento emesso dallo stesso giudice dopo la pubblicazione di una precedente decisione, e quindi in totale carenza di potere, essendosi già spogliato della giurisdizione in relazione alla fattispecie. In tale caso, viene indicato quale estremo rimedio per denunciare il vizio l'*actio nullitatis*, potendo peraltro la parte denunciare l'inesistenza del secondo provvedimento mediante gli ordinari mezzi di impugnazione in relazione alla fattispecie processuale. Sostanzialmente analoghe anche Cass. Civ., 19 luglio 2016, n. 14790; Cass. Civ., 20 marzo 2010, n. 6805 (in motivazione); Cass. Civ., 30 gennaio 2008, n. 2242; nonché Cass. Civ., 19 agosto 2003, n. 12104, per le ipotesi di pronuncia effettuata dopo una precedente statuizione definitiva a carattere decisorio; per la materia tributaria v. Cass. Civ., 6 luglio 2012, n. 11352; cfr. infine, per una fattispecie inerente il procedimento fallimentare, Cass. Civ., 24 agosto 1998, n. 8384; Cass. Civ., 3 marzo 1995, n. 2456.

(52) Cass. Civ., 13 febbraio 2004, n. 2842: «*nel rito del lavoro è assolutamente precluso al giudice di integrare o modificare il dispositivo della sentenza, come deliberato e letto in udienza, e deve ritenersi atto abnorme e giuridicamente inesistente - e come tale inidoneo a passare in giudicato - il nuovo dispositivo che sia da lui emesso a definizione della lite, sebbene corredato da pertinente motivazione*»; conforme in passato Cass. Civ., 14 giugno 1995 n. 6709; v. anche Cass. Civ., 13 febbraio 2009, n. 3650, la quale accerta «*l'assoluta anomalia dell'ordinanza (...) che perciò deve essere considerata abnorme e inesistente*», in un'ipotesi in cui il giudice di appello aveva preteso cambiare, mediante iniziativa ufficiosa, il dispositivo già in precedenza pubblicato.

(53) Si pensi all'ipotesi sottesa a Cass. Civ., 9 dicembre 2011, n. 26460, nella quale il giudice del monitorio aveva revocato il decreto ingiuntivo in precedenza emanato. La Suprema Corte, investita del ricorso ex art. 111 Cost., cassa senza rinvio l'ordinanza impugnata.

(54) In argomento Cass. Civ., 12 dicembre 1991, n. 13415; cfr. però Cass. Civ., 18 novembre 2015, nn. 23542 e 23543, le quali, a sostegno dell'inammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione proposto nonostante l'affermata abnormità del diniego di giurisdizione, così argomentano: «*quand'anche - in caso di violazione di legge sub specie di eccesso di potere giurisdizionale che costituisse una rottura radicale e manifesta del principio (ex art. 101 Cost., comma 2) che vuole ogni giudice essere soggetto alla legge (e soltanto alla legge) - si ipotizzasse, mutuando categorie processualpenalistiche, l'abnormità del provvedimento reso da quel giudice ed in riferimento ad essa si disegnasse un regime impugnatorio differenziato, non di meno in un'evenienza siffatta si rimarrebbe sempre e solo all'interno dei meccanismi processuali del sistema delle impugnazioni senza possibilità di ibridare il regolamento preventivo di giurisdizione, quale previsto dall'art. 41 c.p.c., comma 1, deviandolo verso una funzione impugnatoria di un provvedimento abnorme del giudice. In tal senso si sono già pronunciate queste Sezioni Unite (Cass., sez. un., 7 luglio 1988, n. 4476) in una vicenda simile, in cui un giudice ordinario aveva adottato, nel corso di una controversia in primo grado, un provvedimento d'urgenza di sospensione del pagamento di un contributo sanitario nella misura stabilita dalla legge ritenendo essere quest'ultima, in tale parte, affetta da un dubbio non manifestamente infondato di legittimità costituzionale; vicenda che aveva visto il potere esecutivo (vari ministeri dell'epoca) reagire a tale provvedimento, ritenuto abnorme, proponendo ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione e lamentando che il giudice avesse esorbitato dai limiti della giurisdizione. Queste Sezioni unite, nella citata pronuncia, hanno ritenuto, in via preliminare, l'estraneità di tale*

A ciò si aggiungono, infine, ulteriori fattispecie di invalidità perpetrate nel corso di procedimenti esecutivi e tacciate di abnormità dalla Suprema Corte, sebbene costituenti chiare ipotesi di inesistenza giuridica (56); fra esse, merita particolare attenzione il provvedimento di sospensione del processo esecutivo emanato anteriormente alla sua effettiva instaurazione (57).

Orbene, per opinione consolidata della giurisprudenza, ferma la possibilità di impugnare il provvedimento mediante i mezzi di contestazione suoi propri (58), *«questi vizi estremamente gravi dell'atto processuale possono essere fatti valere con un'autonoma azione di accertamento, cioè con l'actio nullitatis, non soggetta a termini di prescrizione o di decadenza, ovvero con una exceptio nullitatis in sede di opposizione all'esecuzione»* (59). In definitiva, dunque, essi prescindono dalla regola dell'assorbimento enucleata all'art. 161, co. 1, c.p.c.

censura al tema della giurisdizione affermando che il giudice che disattende le norme di legge dettate per il rapporto di cui deve conoscere e lo regola, invece, sia pure provvisoriamente, in base ad una diversa disciplina (arbitrariamente desunta da altre disposizioni e ritenuta più consona agli interessi in gioco), rende una decisione contra legem, viziata da error in indicando, ma non eccede dai limiti esterni della sua potestà giurisdizionale».

(55) Peraltro, in questi casi si assiste ad una possibile intersezione col rimedio del conflitto di attribuzione demandato alla Corte Costituzionale: sul punto Corte Cost., 2 aprile 1999, n. 121, in www.giurcost.org: *«l'esercizio abnorme del potere giurisdizionale è dimostrato anche dalle anomalie che si riscontrano sul piano procedurale. Perché dinanzi a una domanda cautelare, volta a ottenere una prestazione di facere dalla pubblica amministrazione, il Pretore ha ritenuto di avviare una consulenza che per dimensioni, materiale da esaminare, pertinenza di esso al processo, trascende l'ambito del giudizio, per porsi quale momento di verifica e controllo dell'intera sperimentazione effettuata in base al decreto-legge n. 23 del 1998, se non addirittura quale sperimentazione alternativa (il che esula, ovviamente, dalla sfera delle sue attribuzioni)».*

(56) Per richiami in motivazione v. Cass. Civ., 6 dicembre 2011, n. 26185; nonché in passato Cass. Civ., 21 novembre 1988, n. 6262.

(57) Cass. Civ., 4 ottobre 1991, n. 10354, evidenzia dunque il *«carattere abnorme della statuizione del Pretore di Acireale. Infatti, com'è noto, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che l'esecuzione forzata ha inizio con il pignoramento e che il precetto ha la sola funzione di preannunciare il soddisfacimento coatto dell'azionata pretesa, di modo che, non potendo sospendersi evidentemente ciò che non ancora ha avuto principio, il provvedimento di sospensione eventualmente emanato "tamquam non esset" e non può esplicare efficacia alcuna né nel procedimento in cui è venuto apparentemente ad esistenza né in procedimenti futuri»* (conforme Cass. Civ., n. 4555 del 1983).

(58) Sul punto cfr. in dottrina quanto già analizzato *retro* Cap. II, p. 113 ss. Dal canto suo, la giurisprudenza non esclude che la parte possa dedurre tempestivamente l'inesistenza giuridica con i normali mezzi di impugnazione, stante l'interesse all'espressa rimozione di un atto processuale che, comunque, resta provvisoriamente efficace. Tale rilievo è contenuto in numerose pronunce, fra cui Cass. Civ., 29 settembre 1999, n. 10784; Cass. Civ., 16 luglio 2004, n. 3171; Cass. Civ., 29 novembre 2005, n. 26040; Cass. Civ., 28 dicembre 2009, cit. Su questo tema si ritornerà peraltro in seguito.

(59) Così ancora Cass. Civ., 28 dicembre 2009, cit. Precisa inoltre Cass. Civ., 16 luglio 2004, n. 13171, che *«sul piano generale va altresì ricordato che secondo il consolidato orientamento di questa Suprema Corte l'actio nullitatis non costituisce nel nostro ordinamento un ordinario strumento di impugnazione ma integra una tutela cognitiva autonoma esperibile nei limitatissimi casi - ai quali la fattispecie in esame non è certamente riconducibile - in cui una decisione sia stata emessa in assoluta carenza di potere giurisdizionale in relazione alla pretesa dedotta in giudizio, così che il provvedimento*

4.1. Il rapporto fra abnormità ed inesistenza giuridica.

Per quanto concerne l'inesistenza giuridica della decisione, modellata a partire dalla disposizione dell'art. 161, co. 2, c.p.c., essa, secondo l'impostazione da ritenere preferibile, può rinvenirsi in ogni ipotesi di carenza assoluta del potere giurisdizionale, in astratto ovvero in relazione ad una determinata controversia; nonché, ulteriormente, ove la decisione (60) non sia riconducibile alla sua fattispecie astratta, in quanto talmente viziata da impedire in radice la sanatoria ex art. 156, co. 3, c.p.c. (61).

Orbene, poste queste necessarie premesse, ne discende che, laddove il vizio di abnormità trascenda nella figura dell'inesistenza giuridica:

a) non sussistono margini per concedere autonomo spazio all'abnormità dal punto di vista strutturale. Ed infatti, a prescindere dalle peculiarità delle vicende concrete, l'estrema gravità del vizio consente all'invalidità di traslare interamente nel campo dell'inesistenza (62).

adottato si configuri come abnorme: essa pertanto si profila non già come un gravame, ma come una ordinaria azione di accertamento, rinvenibile allo stato latente nel sistema processuale, diretta a far dichiarare senza limiti di tempo l'inidoneità della pronuncia a produrre effetti giuridici, con le eventuali conseguenti implicazioni sul piano restitutorio».

(60) In effetti, appare corretto il rilievo secondo cui l'atto endoprocessuale, anche laddove materialmente carente, ovvero viziato da inesistenza giuridica per irriducibilità al suo modello legale astratto, possa conseguire lo stesso il suo scopo e, per tale ragione, ricondursi all'applicazione della disciplina di cui all'art. 156, co. 3, c.p.c. Per gli opportuni approfondimenti si rinvia a POLI R., *Invalidità ed equipollenza*, cit., p. 155, pp. 282 – 283, p. 285 ss.

(61) Puntualizza CAPONI R., *Oltre la fattispecie anche nei recessi della procedura: aspetti in tema di notificazione e di rimessione in termini (nel giudizio di cassazione)*, in Riv. Dir. Proc., 2008, p. 1731 che «non si tratta tanto di un'autonoma categoria qualificatoria, bensì piuttosto di un limite all'applicazione dei meccanismi di sanatoria dell'atto processuale viziato»; in tal senso anche CIACCIA CAVALLARI B., *La rinnovazione*, cit., p. 482; nonché, POLI R., *Invalidità ed equipollenza*, cit., p. 309, il quale peraltro precisa che, in ultima analisi, si tratterebbe dei casi di «mancanza di potere giurisdizionale (sentenza emessa a non iudice), ma anche i casi in cui non è individuabile con certezza il potere giurisdizionale esercitato (sentenza del contenuto incomprensibile), oltre ed infine, con ogni probabilità, ai casi di sentenza dal contenuto impossibile».

(62) Sotto questo punto di vista, appare assai utile l'insegnamento a sezioni unite di Cass. Civ., 10 ottobre 1997, n. 9859: «in materia di inesistenza di atti processuali, le soluzioni avanzate in dottrina sono molteplici e non sempre univoche, perché mentre da parte di alcuni si nega, sul piano dogmatico, l'ammissibilità di tale categoria concettuale, pur riconoscendosi l'utilità di una rappresentazione a carattere empirico e descrittivo del fenomeno giuridico; da parte di altri si sostiene che l'inesistenza va intesa come inesistenza di fatto, nel senso che manchi una volontà o che la stessa non sia riferibile ad un giudice e che comunque il concetto è applicabile solo ai provvedimenti decisori e non anche agli altri atti processuali, perché gli atti predetti, del giudice o delle parti, non mancano mai di conseguire quell'effetto minimo che è la costituzione del potere-dovere giurisdizionale, per giungere alla conclusione di escludere la nullità-inesistenza nel provvedimento reso nei confronti di parte inesistente: la mancanza di un soggetto indicato come titolare del rapporto o stato giuridico controverso non esclude l'esercizio del potere giurisdizionale rispetto alla res in iudicium deducta, individuata formalmente nella domanda

b) non sussistono margini per concedere autonomo spazio al vizio di abnormità dal punto di vista funzionale, in quanto il provvedimento viene del pari sottratto, in queste ipotesi, alla regola dell'assorbimento dei vizi in motivi di gravame.

Sotto questo punto di vista, dunque, non si ritiene isolabile il vizio di abnormità rispetto a quello già tipizzato di inesistenza; di riflesso, accomunare i due concetti può al più essere tollerato se rivolto allo scopo atecnico «di esaltarne la macroscopicità» (63).

In altre parole, non sussiste alcun margine per poter distinguere, all'interno del campo situato oltre la soglia della sanabilità della nullità a seguito della formazione del giudicato, plurime figure di invalidità. Peraltro, un siffatto sforzo ermeneutico non porterebbe ad alcun utile risultato, posto che in ogni caso ne deriverebbe l'applicazione della medesima disciplina, consistente nella possibilità di esperire avverso il provvedimento un'autonoma *actio nullitatis*, ovvero un'opposizione in sede esecutiva (64).

giudiziale. Altri, invece, sostiene l'impossibilità di fondare una distinzione fra nullità e inesistenza sulla base del rilievo che i sostenitori della stessa non riescono a trovare alcuna discriminazione fra elemento ed elemento, fra vizio e vizio, per concludere che di inesistenza si può parlare, oltre che nel caso di sentenza priva di sottoscrizione del giudice, espressamente sottratta alla regola dell'assorbimento, anche nel caso di processo svoltosi senza la presenza della parte ed escludendo cioè il giudicato, oltre che in tale ipotesi estrema, anche quando il processo si sia svolto in presenza di una parte falsamente rappresentata. La breve (ed incompleta) rassegna compiuta, pur non consentendo di giungere a risultati conclusivi e definitivi, permette di ritenere che la nullità-inesistenza sia qualcosa di esistente, sebbene ciò possa sembrare una *contradictio in terminis*. In realtà il concetto esiste, ma la difficoltà è quella di stabilire il confine fra l'inesistenza e le ipotesi di applicabilità degli artt. 156 e ss. c.p.c. e ciò perché, a meno che non ci si voglia limitare ai casi più macroscopici di inesistenza, di valore puramente scolastico (inesistenza di fatto), la differenza fra atto inesistente e atto nullo non è qualitativa, ma puramente quantitativa, e cioè di maggiore o minore difformità dell'atto rispetto alla norma che lo prevede. Dipende proprio da tale mancanza di differenza sostanziale fra i due tipi di atti la diversità di soluzioni adottate per una stessa fattispecie da dottrina e giurisprudenza, poiché il giudizio sulla inesistenza di un atto è il risultato di due rapporti: il primo fra l'atto e la norma da cui deriva la valutazione di non conformità del primo alla seconda - e sul quale tutti convergono attesa la certezza dei due termini (fattispecie e norma) - mentre il secondo (giudizio di inesistenza vero e proprio) è il risultato del rapporto fra il primo giudizio ed un concetto di nullità assoluta, ma suscettibile di dar luogo al giudicato e cioè nel senso che si qualifica come inesistente quell'atto che supera la soglia della nullità assoluta. Quest'ultimo concetto non è né preciso né univoco, perché è il portato di due esigenze contrapposte ed ugualmente degne di essere protette e, in un certo senso, conciliate: l'esigenza della certezza del giudicato, che è un modo particolare per attuare l'esigenza generale di certezza del diritto, e l'esigenza pregiuridica, ma giuridicamente rilevante, quando entra nella valutazione di un atto giuridico, di sottrarre ai limiti del giudicato casi di macroscopica abnormità del processo. È evidente come, a seconda della prevalenza dell'una o dell'altra esigenza, varia il concetto di nullità assoluta diversa dall'inesistenza e, quindi, il concetto stesso di inesistenza» (in tal senso anche Cass. Civ., 26 febbraio 1994, n. 1965; Cass. Civ., 10 agosto 1990 n. 8156).

(63) Per le medesime considerazioni in ambito processuale penale v. ancora SANTALUCIA G., *L'abnormità*, cit., p. 172.

(64) Viceversa, TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit. p. 224, limitandosi a constatare l'operato giurisprudenziale in punto di abnormità, conclude che se, oltre la casistica dell'inesistenza, residua un

5. L'abnormità quale sintomo di stravaganza del provvedimento.

Alla luce di quanto illustrato, si potrebbe già obiettare che, se l'abnormità, laddove non confluisca in errori comportanti nullità del provvedimento emanato, sia equiparabile al vizio di inesistenza della decisione, allora tale fenomeno dovrebbe svincolarsi al cospetto delle figure già tipizzate di invalidità.

Sennonché, prima di effettuare questo tipo di considerazione, è opportuno concedere spazio all'analisi di ulteriori situazioni patologiche singolari, che, del pari, sono state considerate dalla giurisprudenza di legittimità come abnormi.

Anche in questi casi si deve prendere atto dell'eterogeneità delle ipotesi; ad ogni modo, l'esposizione verrà scissa in due: dapprima saranno esposte le patologie dovute, nello specifico, all'assenza di un'apposita previsione processuale di riferimento; dopodiché si tratteranno quelle classificabili come il frutto di una visione incompatibile col sistema processuale civile nel suo complesso.

Al primo gruppo appartiene anzitutto l'inammissibilità del giudizio di primo grado, dichiarata dal giudice al di fuori delle ipotesi normative contemplate. Tale orientamento, peraltro, trova incentivo nell'ambito del procedimento in opposizione a sanzione amministrativa, ove si registrano numerose pronunce di inammissibilità fondate su parametri extralegislativi, e come tali illegittime (65).

Altresì, è stato valutato in termini di abnormità il provvedimento di sospensione adottato dal giudice al di fuori delle previsioni di legge (66).

ampio spazio entro cui l'abnormità consiste in divergenze dallo schema legale che non compromettono l'idoneità del provvedimento a provocare gli effetti propri del giudicato, allora sussistono due *species* diverse dello stesso fenomeno, e più precisamente: a) casi di «abnormità – inesistenza o abnormità in senso stretto»; b) fattispecie di «abnormità – anomalia».

(65) *Ex multis* v. Cass. Civ., 23 settembre 2015, n. 18820, così come Cass. Civ., 1 marzo 2013, n. 5237, per le quali «è abnorme e, quindi, impugnabile per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 7 [ma per tale aspetto v. in seguito], il provvedimento qualificato come "ordinanza", che abbia dichiarato inammissibile l'opposizione per genericità dei motivi, trattandosi di provvedimento emesso al di fuori di alcuna previsione normativa, in ipotesi neppure astrattamente riconducibili ai moduli processuali previsti dalle norme sul giudizio di opposizione e, tuttavia, incidente su posizioni di diritto soggettivo e idoneo, per il suo carattere di decisorietà, al passaggio in giudicato». Conforme anche Cass. Civ., 9 marzo 2007, n. 5466; nonché in motivazione Cass. Civ., 12 dicembre 2012, n. 22870.

(66) In tal senso Cass. Civ., 21 giugno 2006, n. 14292, la quale annulla il provvedimento di sospensione adottato dal giudice prescindendo dalle disposizioni di cui agli artt. 295 e 296 c.p.c., con la conseguenza che «deve ritenersi che l'atto impugnato, anche se abnorme, abbia una efficacia decisoria e definitiva in ordine al diritto dello straniero a soggiornare in Italia, con elusione della relativa disciplina normativa». Conforme anche Cass. Civ., 4 maggio 2016, n. 8899, per l'ipotesi dell'applicazione speciale

Con particolare riferimento alla pronuncia conclusiva del giudizio, sono state considerate abnormi le seguenti fattispecie: la dichiarazione di cessata materia del contendere al di fuori delle ipotesi previste (67), l'illegittima pronuncia di non luogo a provvedere (68), nonché la decisione con la quale si liquidano le spese del giudizio, senza che essa sia stata sorretta da alcuna disposizione processuale di riferimento (69).

Infine, venendo alla pronuncia in grado di impugnazione, è stata considerata abnorme la dichiarazione di inammissibilità dell'appello resa per ragioni estranee a quelle tipizzate, ovvero giustificata da ragioni del tutto contingenti, come ad esempio la disorganizzazione dell'ufficio di cancelleria (70).

Viceversa, sono sussumibili all'interno del secondo gruppo ulteriori patologie, talmente singolari da prescindere rispetto all'esercizio di poteri al di fuori delle ipotesi

di cui all'art. 20, l. 44/1999, al di fuori delle ipotesi previste. Come si può notare, il vizio contenuto nella decisione è qualificato in termini di abnormità non sottrae il provvedimento di sospensione al suo regime di impugnazione ex art. 42 c.p.c. Infatti, stando alla giurisprudenza consolidata di legittimità, *«l'art. 42 c.p.c., non consente più alcuna discrezionale, e non sindacabile, facoltà di sospensione del processo, esercitabile dal giudice al di fuori dei casi tassativi di sospensione legale. Dall'esclusione della configurabilità di una sospensione facoltativa ope iudicis del giudizio deriva la impugnabilità, ai sensi dell'art. 42 c.p.c., di ogni sospensione del processo, quale che ne sia la motivazione, e che il ricorso deve essere accolto ogni qualvolta non si sia in presenza di un caso di sospensione ex lege»* (così Cass. Civ., 1 ottobre 2003, n. 14670; Cass. Civ., 8 luglio 2005, n. 14367; Cass. Civ., 1 giugno 2005, n. 11671).

(67) Cass. Civ., 18 gennaio 2006, n. 909, conviene con l'impugnante sulla sussistenza della *«abnormità della decisione impugnata che aveva dichiarato la cessazione della materia del contendere senza che le parti si erano date reciprocamente atto dell'intervenuto mutamento della situazione controversa»*, così come previsto dalla giurisprudenza consolidata in materia tributaria (per ulteriori riferimenti v. Cass. Civ., n. 504 del 2000; Cass. Civ., 24 giugno 2000, n. 8607).

(68) Per Cass. Civ., 3 agosto 1998, n. 7603, *«la dichiarazione di non luogo a provvedere costituisce dunque un provvedimento non previsto dalla legge e, come tale, va considerato abnorme»*. Inoltre, nella fattispecie esaminata da Cass. Civ., 2 dicembre 2003, n. 18389, il vizio di abnormità viene individuato nell'erroneo rinvio all'autorità amministrativa da parte del giudice, con lo scopo di ottenere la rideterminazione della quantificazione delle sanzioni amministrative impugnate. Infatti, mentre il giudice aveva dichiarato il non luogo a provvedere sulla rideterminazione del computo complessivo delle sanzioni a seguito dell'annullamento di alcune di esse, l'art. 23, co. 11, l. 689/1981, imponeva espressamente al giudice di pronunciarsi sul punto (*ratione temporis*).

(69) Così Cass. Civ., 15 giugno 2005, n. 12859: *«l'impugnato provvedimento di condanna e di liquidazione delle spese, successivo alla definizione del procedimento ex art. 188 disp. att. cod. proc. civ., non essendo previsto dalla legge, costituisce, pertanto, un provvedimento abnorme di natura decisoria, essendo destinato ad incidere su una posizione di diritto soggettivo della parte a carico della quale risulta assunto»*; così Cass. Civ., 30 settembre 2015, n. 19498; Cass. Civ., 15 giugno 2005, n. 12859.

(70) In questi termini Cass. Civ., 17 luglio 2012, n. 12223: *«le carenze organizzative dell'ufficio giudiziario, così come gli errori dei funzionari ad esso addetti, non possono mai comportare alcuna conseguenza pregiudizievole per le parti del processo, dovendo qualificarsi, pertanto, abnorme - e dunque nulla ed impugnabile per tale motivo la sentenza con la quale il giudice d'appello, dopo aver rilevato che la mancanza del fascicolo d'ufficio di primo grado era imputabile a difetto di custodia da parte della Cancelleria, ha dichiarato inammissibile l'appello»*.

consentite, ponendosi quali fattispecie incompatibili con il complesso dei principi regolatori dell'ordinamento processuale (71).

Entro tale ambito è stata collocata l'ipotesi del giudice dell'esecuzione che, a seguito di un'opposizione endoesecutiva, invece di istruire il relativo procedimento instaurato per poi rimettere in decisione la causa al collegio, abbia emanato ordinanza al fine di disattendere *tout court* le richieste del debitore (72).

Del pari abnorme, quanto stravagante, l'ordinanza con cui il giudice, dopo aver dichiarato la propria incompetenza, abbia restituito gli atti del giudizio all'autorità amministrativa, al fine di ottenere una nuova ingiunzione di pagamento nei confronti dell'opponente (73).

Inoltre, è stato dichiarato abnorme il provvedimento del Presidente del tribunale mediante il quale, prescindendo da qualsiasi modello tipico ed *inaudita altera parte*, abbia accolto la richiesta formulata personalmente dal ricorrente (74).

Infine, si è registrato un caso di sentenza abnorme in quanto pronunciata sopra un rapporto processuale interrotto di diritto, e dunque «*in contrasto con i principi regolatori della materia*» (75).

(71) Peraltro, le affermazioni inserite nel testo coincidono con quanto sostanzialmente rilevato in motivazione da Cass. Civ., 8 aprile 1992, n. 4301: «*il concetto di abnormità, nell'ambito delle costruzioni giuridiche, fa riferimento solo alle ipotesi di assoluta non inquadrabilità nel sistema che qualifica la branca del diritto cui sono relative*». Medesima è l'impostazione assunta a modello successivamente da Cass. Civ., 24 giugno 2008, n. 17197, per la quale il carattere dell'abnormità deve «*ascriversi a quei soli provvedimenti che, non rispondendo allo schema normativo di riferimento, si pongono del tutto al di fuori del sistema, per la loro stravaganza ed atipicità*».

(72) Cass. Civ., 3 settembre 1990, n. 9102: «*un provvedimento che si ponga in contrasto con l'intero sistema processuale, non per uno specifico vizio del suo contenuto bensì per una totale anomalia funzionale che lo investe totalmente, rendendolo estraneo alla tipologia dei provvedimenti previsti dall'ordinamento positivo, deve ritenersi giuridicamente abnorme ed inesistente, sicché, come tale, è inidoneo a produrre effetti di giudicato sostanziale*».

(73) Così, in motivazione, Cass. Civ., 24 aprile 2007, n. 9888: «*il Giudice di Pace, sull'accordo delle parti, dopo avere dichiarato la propria incompetenza, ha ommesso d'indicare il giudice competente ratione materiae; il Tribunale di Treviso ex L. n. 689 del 1981, art. 22 bis, lett. d), vertendosi in tema di tutela dell'ambiente; e per di più, di sua iniziativa, con provvedimento abnorme, estraneo a qualsiasi previsione normativa, ha rimesso gli atti al Sindaco, concedendogli il termine di 90 gg. per emettere nuova ordinanza*»; di qui, la possibilità di esperire in ogni tempo l'*actio nullitatis*.

(74) In tali ipotesi, per Cass. Civ., 17 giugno 2015, n. 12507, il «*provvedimento che va qualificato come abnorme perché (cfr. Cass. Sez. U, Sentenza n. 20730 del 2009) emesso al di fuori di ogni schema processuale e adottato, sulla base di un errore macroscopico o di grave e inescusabile negligenza, al di fuori della funzione*», con la conseguenza della sua inesistenza giuridica.

(75) Le ragioni vengono in tal modo espone da Cass. Civ., 20 maggio 1998, n. 5029: «*il processo - in altri termini - si è interrotto di diritto, nei confronti di tutte le parti, il 3 marzo 1992 (allorché nel corso di tale udienza il procuratore ad litem del convenuto Piccinini ha comunicato l'avvenuto decesso del proprio assistito) e l'ordinanza del 1° dicembre 1992, con la quale la sezione specializzata agraria ha dichiarato l'interruzione del processo limitatamente al rapporto tra gli attori e il Piccinini, resa sia in contrasto con i principi regolatori della materia sia in violazione dell'art. 298 c.p.c.,*

5.1. Il rapporto fra abnormità e stravaganza, nell'ottica del sistema delle invalidità.

La distinzione concettuale effettuata per affrontare l'esposizione delle fattispecie ritenute stravaganti, permette di constatare quanto segue.

a) Per la giurisprudenza di legittimità, ogni ipotesi di provvedimento abnorme, siccome incompatibile col sistema processuale civile nel suo complesso, comporta l'inesistenza giuridica della decisione emessa. Ciò in quanto, in relazione a dette peculiari fattispecie, il giudice, laddove non risulti in astratto sfornito di ogni potere giurisdizionale, pone in concreto un *iter* decisorio estraneo a qualsivoglia prescrizione di riferimento. La conseguenza è che la parte, oltre a giovare dei consueti mezzi di impugnazione, può in ogni tempo esperire un'apposita *actio nullitatis*, ovvero l'opposizione in sede esecutiva (76).

Di qui, in linea con quanto osservato in precedenza, l'impossibilità di considerare in via autonoma tali fattispecie di abnormità, dovendo le stesse ricondursi alla fenomenologia dell'inesistenza giuridica della decisione, sia sotto il profilo strutturale, sia sotto quello funzionale del regime di rilevabilità del vizio.

b) Al contrario, la giurisprudenza non reputa idonee ad alterare il fisiologico regime giuridico della decisione impugnata le patologie del provvedimento dovute all'assenza di un'apposita previsione processuale di riferimento (77).

Ed in effetti, in questi casi il potere del giudice sussiste in astratto, con la differenza che esso viene esercitato, in concreto, oltre i limiti di attribuzione previsti dall'ordinamento. Si pensi alla dichiarazione di inammissibilità dell'appello giustificata dalla scarsa organizzazione dell'ufficio di cancelleria; ivi, la possibilità per il giudice di chiudere in rito il processo per sanzionare la carenza, ovvero l'esercizio scorretto del

è un provvedimento abnorme, privo di effetti di sorta»; processo poi conclusosi, in relazione al restante rapporto, con sentenza del pari abnorme.

(76) Si possono richiamare, sotto questo profilo, Cass. Civ., 3 settembre 1990, n. 9102, cit.; Cass. Civ., 24 aprile 2007, n. 9888, cit.; Cass. Civ., 17 giugno 2015, n. 12507, cit.; Cass. Civ., 20 maggio 1998, n. 5029, cit.

(77) Così per tutte le ipotesi oggetto di analisi, ovvero Cass. Civ., 23 settembre 2015, n. 18820, cit.; Cass. Civ., 21 giugno 2006, n. 14292, cit.; Cass. Civ., 18 gennaio 2006, n. 909, cit.; Cass. Civ., 3 agosto 1998, n. 7603, cit.; Cass. Civ., 15 giugno 2005, n. 12859, cit.; Cass. Civ., 17 luglio 2012, n. 12223, cit.

potere di impugnazione, si estrinseca in un potere che, sebbene attribuito all'organo giurisdizionale, è stato piegato per realizzare scopi estranei ai suoi presupposti.

Peraltro, muovendo da tali rilievi, si potrebbe convenire sul fatto che, come già visto in relazione all'abnormità funzionale di matrice processuale penale, il difetto di potere in concreto presuppone il superamento del perimetro, specificamente delineato dal legislatore, entro cui il giudice può esercitare le funzioni che gli sono state attribuite. Il tutto, con la conseguenza che in tali ipotesi l'abnormità non coinvolgerebbe l'esistenza in astratto del potere, ma atterrebbe piuttosto allo sviamento dalla funzione cui il potere è preordinato (78).

Ad ogni modo, nonostante il possibile accostamento con la corrispondente figura creatasi nel settore penale, la potenziale autonomia concettuale di queste fattispecie, se da un lato svislisce al cospetto dell'approccio sistematico del codice di rito in punto di nullità processuali, dall'altro finisce addirittura per essere smentita in considerazione del rapporto, in queste ipotesi, fra provvedimento viziato e relativo mezzo di impugnazione.

Sotto il primo profilo, infatti, va nuovamente osservato che l'esercizio di poteri oltre le ipotesi previste non è dissimile dai casi di errore del giudice nel ricondurre una determinata fattispecie concreta al suo modello astratto, circostanza, quest'ultima, che comporta la nullità della decisione emanata *ex art. 156 ss. c.p.c.* (79). Riprendendo ancora l'esempio già fatto, l'illegittima dichiarazione di inammissibilità per ragioni diverse da quelle previste in via positiva, ovvero tipizzate dalla giurisprudenza, costituisce pur sempre violazione specifica di queste apposite regole processuali; con il risultato che, qualora il vizio non venga denunciato dalla parte mediante apposito motivo di ricorso per cassazione, tale accertamento, contenuto nella decisione emanata, passa definitivamente in giudicato (80).

Sotto il secondo profilo, inoltre, non sussiste una correlazione necessaria fra tali peculiari fattispecie di abnormità/nullità e la possibilità di impugnare il provvedimento

(78) Cfr. ancora, per la dottrina dominante avutasi nel processo penale, BELLOCCHI A., *L'atto abnorme*, cit., p. 23; SANTALUCIA G., *L'abnormità*, cit., p. 116; ZIGNANI D., *Sulla nozione di abnormità*, cit., p. 249; MENCARELLI F., *Il provvedimento abnorme*, cit., p. 59.

(79) Oltre a richiamare quanto già osservato in precedenza *retro* Cap. II, p. 102 ss., v. ancora POLI R., *Invalidità ed equipollenza*, cit., p. 152, nonché in passato SATTA S., *Commentario*, II, cit., p. 206, per il quale «la conseguenza logico giuridica della violazione di tutte le norme processuali è la nullità dell'atto che si compie con tale violazione».

(80) Conseguentemente il vizio si sana, non potendo lo stesso sopravvivere oltre la formazione della cosa giudicata formale *ex art. 324 c.p.c.*

mediante un apposito mezzo di impugnazione, come al contrario avviene nel settore penale in favore del ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111 Cost.*

Infatti, nel processo civile, a differenza di quello penale, da un lato, il vizio di abnormità non è stato collegato direttamente alla tematica dell'inoppugnabilità del provvedimento giurisdizionale; nonché, dall'altro, la denuncia del vizio in questione non avviene necessariamente attraverso l'esperimento del ricorso straordinario in cassazione.

Inoltre, pur essendo stata talvolta constatata in giurisprudenza l'esistenza di uno spazio entro cui il concetto di abnormità, combinato con l'esclusione *ex lege* di un mezzo di impugnazione per contestare il provvedimento, conduce ad ammettere il ricorso straordinario *ex art. 111 Cost.*, va dato atto fin da subito dell'erroneità di tale impostazione, salvo ritornare a breve sul tema in via argomentativa (81).

6. Il vizio di abnormità nella fenomenologia dell'invalidità: riepilogo.

Giunti a questo punto dell'analisi, si reputano opportune alcune considerazioni a carattere generale, coinvolgenti la collocazione del variegato fenomeno dell'abnormità all'interno delle invalidità processuali civili.

In via preliminare, il fenomeno deve essere depurato da tutte le fattispecie in cui il termine abnormità sia utilizzato nel suo valore semantico comune, ovvero per descrivere vizi degli atti processuali di parte, nonché concernenti *errores in iudicando* della decisione del giudice. Infatti, il concetto potrà – in tesi – riferirsi ai soli provvedimenti dell'organo giudicante, e fra essi a quelli emanati in violazione di regole processuali (82); all'infuori di tale area, il termine abnormità può apprezzarsi al mero fine di evidenziare la gravità o la peculiarità degli errori commessi (83).

(81) L'analisi delle questioni accennate nel testo, che principalmente si riferiscono all'ammissibilità del ricorso straordinario per cassazione in ragione dell'abnormità dell'ordinanza emanata nel giudizio divisorio *ex art. 789, co. 3, c.p.c.*, troveranno spazio nella parte conclusiva del presente elaborato.

(82) Il punto, esplicitamente chiarito nel testo, costituisce premessa comune alle elaborazioni avutesi in materia di abnormità, già analizzate *retro* nel corso del Cap. II e del Cap. III.

(83) Non mancano ulteriori ipotesi, anch'esse del tutto peculiari. Ad esempio, il provvedimento cautelare con cui il giudice ordina il sequestro giudiziario di una sentenza, al fine di sospendere o modificare la sua esecutività (Trib. Latina, Ord. 22 aprile 1998, Pres. Raponi, in *Il nuovo diritto*, 1999, I, p. 187 e ss., con nota di TORRICE, *ivi*, p. 189 ss). In tal caso – è stato affermato – la natura cautelare del provvedimento esclude il ricorso *ex art. 111 Cost.*, a vantaggio dell'*actio nullitatis*. Non meno singolare, il decreto non impugnabile emesso dal Presidente del Tribunale in merito all'individuazione del luogo di

Venendo all'analisi delle fattispecie potenzialmente rilevanti, può constatarsi come la specifica impronta sistematica del codice di rito non consenta alcuna ulteriore categorizzazione rispetto ai vizi di nullità ed inesistenza giuridica (84). Il risultato è che il fenomeno dell'abnormità, all'interno del sistema delle invalidità processuali, non può assumere alcuna valenza autonoma, né dal punto di vista strutturale, né da quello funzionale (85); tale constatazione, peraltro, vale anche nelle ipotesi patologiche più peculiari.

Ed in effetti, anche ove si riesca, in armonia con l'impostazione di Denti (86), a rintracciare il fulcro della patologia – oltre che nella necessaria collocazione del provvedimento stravagante fuori dai limiti di legge – nella discrasia fra funzione astratta ed utilizzo concreto dello strumento legislativo, ciò non porterebbe a risultati diversi rispetto a quelli già conseguibili in virtù del binomio nullità/inesistenza. Si pensi al caso (posto dall'Autore) in cui il giudice, nel disporre il sequestro giudiziario dei cespiti ereditari con contestuale nomina del custode *ex art. 676 c.p.c.*, attribuisca a quest'ultimo il potere di alienare taluni di essi: tale previsione, seppur singolare, non può che essere strutturalmente regolata dall'*art. 156 c.p.c.* (87), in quanto il vizio rende il provvedimento inidoneo a raggiungere lo scopo oggettivo di preservazione dei beni (88). D'altra parte, sul piano funzionale, lo stesso Denti ha già chiarito che quando la

trattazione della causa a seguito di controversie fra uffici giudiziari, che sia respinto dal giudice assegnatario e rimesso allo stesso in quanto dichiarato errato. La fattispecie è analizzata da LUISO F. P., *Una vicenda (e un provvedimento) abnorme*, in *Giust. Civ.*, 2001, I, p. 233, il quale così conclude l'analisi sul punto: «a fronte di un provvedimento non modificabile né revocabile, l'affermazione che tale provvedimento è errato vale acqua fresca». Inoltre, a questa prima abnormità della vicenda, se ne aggiungono altre, così stigmatizzate: «il presidente modifica il suo precedente provvedimento» ed «investe della questione il collegio, un organo assolutamente privo di ogni potere in materia». A questo punto, l'A. risolve la complessiva questione constatando come «tutte le vicende, successive al primo provvedimento del Presidente del Tribunale, debbono essere ritenute *tamquam non essent*».

(84) Cfr. ancora, in ultima analisi, POLI R., *Invalidità ed equipollenza*, cit., p. 394.

(85) Può così concretizzarsi uno fra gli obiettivi che il presente studio mirava a raggiungere, in linea con le premesse dogmatiche richiamate facendo ricorso a FINZI E., *Il possesso dei diritti*, cit., p. 49.

(86) *Retro* Cap. II, p. 66 ss. Si precisa infatti che DENTI V., *In tema di provvedimenti giudiziari*, cit., *passim*, risulta essere l'unico A. che, nel prospettare il vizio di abnormità del provvedimento, intende concedere allo stesso rilievo autonomo dal punto di vista statico/patologico. Viceversa, JANNUZZI A., *Impugnazione del provvedimento decisorio anormale*, cit., p. 2182 ss., tende a creare una definizione omnicomprensiva del fenomeno, con il risultato di svalutarne *in toto* la portata; medesima è l'impostazione assunta da TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., *passim*, la quale, in accordo con l'eterogenea impostazione giurisprudenziale, estende oltremodo i confini dell'abnormità.

(87) A conclusioni per molti aspetti analoghe giunge in passato MANDRIOLI C., *In tema di invalidazione dei provvedimenti c.d. abnormi*, cit., *passim*.

(88) Si analizzerà in seguito anche la modalità con cui impugnare siffatto provvedimento; peraltro, in quella sede si vedrà come siffatto tipo di vizio non sia nemmeno idoneo, sul piano funzionale, ad incidere sul regime di impugnazione del provvedimento cautelare emanato.

statuizione sia fisiologicamente soggetta ad un determinato mezzo di contestazione (ad oggi rappresentato, per questo caso, dal reclamo cautelare *ex art. 669 terdecies c.p.c.*), l'abnormità può farsi valere soltanto nei limiti e secondo le regole proprie di quel determinato rimedio, in pieno accordo con il principio di assorbimento delle nullità in motivi di gravame dettato all'*art. 161, co. 1, c.p.c.* (89).

Ciò chiarito, risulta evidente che la locuzione «provvedimento abnorme», anche laddove utilizzata per descrivere meramente le peculiarità di tali vicende, alla luce dei risultati conseguiti nel primo capitolo sia del tutto fuorviante. Difatti, il termine abnormità è riferibile ad uno specifico istituto di matrice processuale penale, avente proprie caratteristiche e funzionalità (90): quanto al primo aspetto, va ribadita l'autonomia concettuale della categoria rispetto alle altre figure di invalidità, quali la nullità e l'inesistenza giuridica, idonea a tradurre l'abnormità in un apposito vizio *sui generis* degli atti processuali penali; quanto al secondo aspetto, la ritenuta sussistenza del vizio legittima la proponibilità, in via esclusiva, del ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111 Cost.*, sia in deroga al principio di tassatività delle impugnazioni che al principio di tassatività dei motivi di ricorso.

Ad ogni modo, le conclusioni così raggiunte non esauriscono il tema della presente ricerca, attraverso la quale ci si è prefissati di individuare, nel caso in cui sia emanato un provvedimento *latu sensu* anomalo, il corretto rimedio giuridico per contestare la validità ovvero l'ingiustizia della decisione.

Infatti, a prescindere dalla terminologia con cui qualificare il vizio posto in essere dal giudice, alcune fra le ipotesi patologiche inerenti il complesso fenomeno finora conosciuto con il nome «abnormità» meritano un'accurata disamina, in quanto potenzialmente idonee a condizionare il modo di intendere la normale correlazione fra provvedimento e sua impugnabilità (91).

Tali questioni verranno affrontate nella restante parte dell'elaborato: l'obiettivo, dopo aver esposto il complessivo quadro di insieme, sarà quello di tracciare una

(89) Tali rilievi non mutano dal punto di vista dinamico: infatti, se da un lato, l'abnormità, nella concezione di Denti, può assumere rilievo solo quando il provvedimento risulta inoppugnabile, dall'altro la soluzione fornita – ovvero un'apposita *actio nullitatis* – oltre a discostarsi da quella generalmente accettata nel settore penale, coincide con il rimedio esperibile avverso ogni altro provvedimento inficiato da nullità radicale e, dunque, inidoneo a passare in giudicato.

(90) Per un sintetico riepilogo cfr. *retro* Cap. I, Sez. II, pp. 63 – 64.

(91) Preme ribadire che la dottrina avutasi in tema di abnormità ha delimitato il principale oggetto di indagine proprio a tali fattispecie, in quanto ritenute cruciali per il rispetto dei principi generali in materia di impugnazione.

soluzione armonica che possa dirimere i numerosi contrasti avutisi nel corso del tempo in materia di impugnazione del provvedimento anomalo o abnorme.

SEZIONE II

Il provvedimento abnorme nel sistema delle impugnazioni

7. La possibile prospettiva autonoma del concetto abnormità: l'alterazione del fisiologico rapporto fra provvedimento e suo regime giuridico.

In questa parte conclusiva della ricerca verranno prese in considerazione le possibili anomalie del provvedimento giurisdizionale, sia esso emanato nel processo ordinario di cognizione o nel corso dei principali procedimenti speciali disciplinati nel nostro ordinamento, sul presupposto che risultino idonee a condizionare il fisiologico regime giuridico di impugnazione della decisione emanata.

Infatti, nonostante la dimostrata irrilevanza del vizio di abnormità inteso in senso statico, ciò non toglie che il fenomeno possa comportare problematiche – del tutto peculiari – sotto l'aspetto del corretto esercizio del potere di impugnazione.

Sotto quest'ottica, l'analisi investirà tutti i casi in cui si assiste ad un generico contrasto fra essere e dover essere del provvedimento, da intendersi in ultima analisi quale divergenza fra il modello (formale ed altresì *extra* – formale) previsto in astratto dal legislatore e la natura del potere giurisdizionale effettivamente esercitato dal giudice in relazione a quella determinata fattispecie processuale.

8. Le fattispecie di provvedimento abnorme nel processo ordinario.

Come già ampiamente esposto in precedenza, le vicende inerenti l'impugnazione dei provvedimenti anomali emessi nel processo ordinario di cognizione sono state trattate sotto vari punti di vista; ogni elaborazione, peraltro, mostra in sede applicativa i suoi pregi ed i suoi limiti.

I sostenitori del principio della prevalenza della sostanza sulla forma – *in primis* la giurisprudenza di legittimità dominante – identificano il provvedimento in relazione alla materia trattata: quindi, ad esempio, un'ordinanza emanata per risolvere questioni, processuali o di merito, di cui all'art. 279, co. 2, c.p.c., va qualificata come sentenza, con la logica conseguenza che tale provvedimento risulterà appellabile *ex art.* 323 c.p.c., in armonia con il principio di tassatività nella scelta dei mezzi di impugnazione.

Viceversa, le principali elaborazioni dottrinali avutesi in opposizione a questa visione muovono dal presupposto che il provvedimento, sempre nell'esempio sopra riportato, sia qualificabile per quello che effettivamente è, ovvero un'ordinanza (92).

Orbene, questa seconda presa di posizione pone le basi per il seguente ragionamento: appurato che il giudice abbia erroneamente emanato ordinanza per decidere il merito della controversia, quale mezzo di impugnazione sarà esperibile nel caso di specie?

In questo preciso contesto si apprezzano due contrastanti ricostruzioni: secondo una prima opinione, il mezzo di impugnazione va individuato in relazione alla forma concretamente assunta (93); stando ad una seconda impostazione, deve prevalere la prescrizione astratta di legge rispetto alla fattispecie concreta, con conseguente irrilevanza dell'errore del giudice ai fini dell'impugnazione della decisione emanata (94).

8.1. Il regime giuridico del provvedimento emanato in forma diversa da quella prescritta secondo l'impostazione giurisprudenziale.

La problematica sottesa all'errore nella scelta del modulo – sentenza o ordinanza – con cui esprimere il comando giudiziale può riguardare molteplici snodi del processo ordinario di cognizione. Fra i più rilevanti (95) vi sono le pronunce sulla competenza,

(92) Tali problematiche sono sottolineate da MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, II, cit., p. 436: «si discute se per stabilire il regime di impugnazione al quale deve assoggettarsi ciascun singolo concreto provvedimento, ci si deve riferire alla forma del provvedimento stesso, oppure al suo contenuto o addirittura alla sua cosiddetta sostanza». Orbene, rilevata da un lato «la inaccettabilità dell'orientamento giurisprudenziale che si impernia sulla c.d. prevalenza della sostanza sulla forma, e dall'altro lato, di precisare che la più corretta impostazione del problema, mentre presuppone il riferimento alla forma del provvedimento, consiste nel vedere se, nel disciplinare l'assoggettabilità dei provvedimenti alle impugnazioni, il codice si riferisce al provvedimento com'è (ossia con la forma che ha) o come avrebbe dovuto essere (ossia con la forma che avrebbe dovuto aver in relazione al suo contenuto o alla sua sostanza».

(93) V. *retro* Cap. III, Sez. I, p. 130 ss.; Cap. III, Sez. II, p. 175 ss.; Cap. III, Sez. II, p. 195 ss.

(94) V. *retro* Cap. III, Sez. I, p. 143 ss.; Cap. III, Sez. II, p. 187 ss.; Cap. III, Sez. II, p. 199 ss.

(95) Fra le altre pronunce emanabili nel corso del processo vi sono: la determinazione del valore della causa ex art. 15 c.p.c., la decisione resa sulla richiesta di astensione, ovvero sull'istanza di ricusazione ex artt. 51 e 53 c.p.c. (cfr. sul punto Cass. Civ., 22 febbraio 1993, n. 2176, nonché in dottrina PANZAROLA A., *La ricusazione del giudice civile: il problema della impugnabilità della decisione*, Bari, 2008), la condanna al pagamento delle somme accettate nel rendiconto ex art. 263 c.p.c. (cfr. sul punto Cass. Civ., 24 novembre 1989, n. 5075) ovvero le altre ipotesi di condanna previste agli artt. 186 *bis*, *ter* e *quater*, c.p.c. (su cui *retro* Cap. II, p. 99, nota 140), la pronuncia sulla sospensione ex art. 295 c.p.c., sebbene anch'essa assoggettata al rimedio del regolamento necessario di competenza ex art. 42 c.p.c. (cfr. sul punto Cass. Civ., 4 maggio 2016, n. 8899; Cass. Civ., 26 ottobre 2007, n. 22501; Cass. Civ., 7 maggio

l'impartizione di provvedimenti istruttori, la dichiarazione di estinzione del giudizio emanata dal giudice istruttore, ogni decisione dell'organo giudicante, definitiva o non definitiva, resa sopra questioni processuali o di merito, nonché, specificamente per il grado di appello, le pronunce che possono porvi anticipatamente fine, come ad esempio la declaratoria di inammissibilità (96). A tal proposito, i mezzi di impugnazione previsti per legge consistono, rispettivamente, nel regolamento di competenza – a seconda dei casi necessario o facoltativo –, nella possibilità di modifica o revoca in base all'art. 177, co. 2, c.p.c., nel reclamo ex art. 178, co. 2, c.p.c., nell'appello ai sensi e nei limiti dell'art. 339 c.p.c., nonché infine nel ricorso per cassazione, sia esso esperito contro la sentenza di inammissibilità del giudice di appello, ovvero, nella peculiare ipotesi dell'art. 348 *ter* c.p.c., direttamente contro la sentenza di primo grado.

Per la giurisprudenza maggioritaria, alla luce del principio di identificazione del provvedimento in ragione della sua natura sostanziale, non vi sono motivi per derogare al regime giuridico previsto per legge. Così è infatti avvenuto:

a) per le decisioni sulla competenza – *ante* riforma avutasi con l. 69/2009 (97) – adottate con ordinanza (98), nonostante ciò considerate impugnabili esclusivamente con regolamento necessario di competenza;

2004, n. 8748), il provvedimento di correzione ex art. 288 c.p.c. Su quest'ultima specifica questione la giurisprudenza, in linea con quanto evidenziato nel testo, tende ad identificare il regime del provvedimento emanato in base alla sostanza: così Cass. Civ., 23 giugno 2016, n. 13071; Cass. Civ., 29 novembre 1993, n. 11809; Cass. Civ., 5 luglio 1991, n. 7430; Cass. Civ., 22 aprile 1986, n. 2820.

(96) Nell'ipotesi di inammissibilità pronunciata ex artt. 348 *bis* e *ter* c.p.c. risultano invertiti i termini della questione, dovendo il giudice provvedere con ordinanza anziché con sentenza. Sul rapporto fra ordinanza e sentenza in relazione a questo specifico modello decisorio v. da ultimo la pronuncia a sezioni unite di Cass. Civ., 2 febbraio 2016, n. 1914, con commento di TISCINI R., *Impugnabilità dell'ordinanza filtro per vizi propri. L'apertura delle sezioni unite al ricorso straordinario*, in *Corr. Giur.*, 2016, p. 1132 ss.; cfr. comunque gli altri A. citati *retro* Cap. III, Sez. II, p. 177, nota 187.

(97) Conferma infatti il criterio della prevalenza della sostanza sulla forma l'intervento a sezioni unite di Cass. Civ., 29 settembre 2014, n. 20449, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, p. 536, spec. pp. 543 – 544. Quanto alla pretesa conciliazione di tale regola con il criterio dell'apparenza, per cui la prevalenza della sostanza «*incontra unica eccezione nell'ipotesi che sia il giudice medesimo a qualificare come decisoria (e, dunque, definitiva davanti a sé) la declaratoria di competenza*», dovendosi peraltro evincere tale qualificazione «*in termini di assoluta oggettiva inequivocabilità ed incontrovertibilità*», v. le osservazioni che verranno organicamente mosse in seguito sul principio dell'apparenza. Ad ogni modo, limitatamente a questa fattispecie, può osservarsi come, invero, risulta suffragato il principio per cui ai fini dell'identificazione del potere esercitato dal giudice occorre avere riguardo alla particolare conformazione strutturale del precetto, unico indice dal quale si può oggettivamente ed inequivocabilmente evincere la natura della decisione emessa. Chiarisce a tal proposito i termini della problematica TISCINI R., *Sull'impugnazione dell'ordinanza in materia di competenza*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, p. 551, la quale afferma che «*invocare il principio dell'apparenza nel caso di specie non è conforme alla sua ratio: qui non si discute di un provvedimento emesso in forma diversa rispetto alla sua sostanza (il che si avrebbe ad esempio se il giudice pronunciasse ordinanza decidendo congiuntamente su competenza e merito), ma dell'inosservanza di una tecnica decisoria imposta per legge oltre che per via giurisprudenziale*». Ed

b) per le sentenze – del giudice istruttore ovvero del collegio – aventi intrinseco contenuto istruttorio, le quali, a prescindere dalla forma adottata, restano sempre modificabili o revocabili ex art. 177 c.p.c. (99);

c) per le dichiarazioni di estinzione del giudizio adottate dal giudice istruttore, in ogni caso reclamabili al collegio ex art. 178, co. 2, c.p.c.

d) per le pronunce che decidono parzialmente ovvero definitivamente la controversia, sia sotto il profilo sostanziale sia sotto quello processuale, ordinariamente appellabili sebbene emanate in forma di ordinanza in virtù degli effetti giuridici che sono destinate a produrre (100);

infatti, in ultima analisi, posto che l'ordinanza possa essere qualificata come «decisione sulla competenza» ex art. 279, co. 1, c.p.c., la mancata rimessione in decisione può assumere rilevanza solo nei limiti in cui venga addotta a motivo di impugnazione ex art. 42 c.p.c.

(98) *Ex multis*, Cass. Civ., 23 marzo 1988, n. 2530, per una pronuncia sulla competenza adottata con ordinanza dal (*ratione temporis*) conciliatore; sul punto, la Suprema Corte afferma che «il provvedimento impugnato del Conciliatore, per il suo contenuto decisorio - in quanto contiene una pronuncia definitiva sulla competenza - ha (come del resto assume lo stesso ricorrente) natura essenziale di sentenza. Come tale esso è un provvedimento impugnabile secondo gli ordinari mezzi previsti nel vigente sistema processuale». V. inoltre Cass. Civ., 27 giugno 1983, n. 4403; Cass. Civ., 14 gennaio 1980, n. 290, in *Giur. It.*, 1981, I, 1, p. 277; Cass. Civ., 16 gennaio 1979, n. 328; Cass. Civ., 24 giugno 1976, n. 2373; Cass. Civ., 12 agosto 1959, n. 2292, in *Riv. Dir. Proc.*, 1959, p. 295; Cass. Civ., 31 gennaio 1949, n. 151, in *Giur. It.*, 1949, I, 1, p. 385 (tutte concernenti pronunce sulla competenza erroneamente emanate in forma di ordinanza).

(99) Ad es. Cass. Civ., 27 luglio 1993, n. 8375, evidenza che «non è sufficiente la denuncia della anti giuridicità di un provvedimento emesso dal giudice o anche la sua abnormità, per dedurre automaticamente la ricorribilità in cassazione ai sensi dell'art. 111 della costituzione, e che le ordinanze, comunque motivate, non possono mai pregiudicare la decisione della causa (art. 177 primo comma, c.p.c.) e possono essere sempre modificate o revocate dal giudice che le ha pronunciate, con riferimento al caso di specie, è sufficiente rilevare che l'ordinanza emessa dal giudice istruttore: a) è priva del carattere di definitività, poiché il suo contenuto dispositivo è destinato ad essere riesaminato nello stesso grado del giudizio. in sede di decisione della controversia da parte del collegio, allorquando questo pronuncerà sulla esistenza del credito e sul suo ammontare; b) manifesta chiaramente il suo carattere strumentale e non decisorio; c) infine, è suscettibile di revoca da parte dello stesso giudice istruttore, non rientrando tra alcuno dei provvedimenti indicati nel terzo comma dell'art. 177 c.p.c.». Conformi Cass. Civ., 25 maggio 2007, n. 12252; Cass. Civ., 30 dicembre 2005, n. 28877; Cass. Civ., 26 marzo 2003, n. 4467; Cass. Civ., 26 ottobre 1988, n. 5801. Con specifico riferimento alla sentenza emessa dal collegio in materia istruttoria v. Cass. Civ., 15 dicembre 1987, n. 9286: «il provvedimento ammissivo di un mezzo istruttorio, preso dal collegio con sentenza non definitiva, anziché con distinta ordinanza, mantiene pur sempre natura e funzione ordinatoria e, quindi, rimane revocabile e modificabile» (conformi Cass. Civ., 5 agosto 1977, n. 3527; Cass. Civ., 18 gennaio 1962, n. 82, in *Giust. Civ.*, 1962, I, p. 2181).

(100) Così Cass. Civ., 23 maggio 2003, n. 8190; v. anche Cass. Civ., 12 aprile 1986, n. 2598, per cui «costituiscono sentenze - soggette agli ordinari mezzi di impugnazione e suscettibili, in mancanza, di passare in giudicato - i provvedimenti che, ai sensi dell'art. 279 c.p.c., contengono una statuizione di natura decisoria (sulla giurisdizione, sulla competenza, ovvero su questioni pregiudiziali del processo o preliminari di merito), anche quando non definiscono il giudizio». Conformi Cass. Civ., 28 settembre 2016, n. 19209; Cass. Civ., 19 dicembre 2014, n. 27127; Cass. Civ., 19 dicembre 2006, n. 27143; Cass. Civ., 9 giugno 2004, n. 10946. Per la questione specifica della giurisdizione v. Cass. Civ., 24 febbraio 2005, n. 3816, in *Giur. It.*, 2006, p. 1674, per la quale «al fine di stabilire se un provvedimento abbia natura di ordinanza o di sentenza, occorre aver riguardo, non già alla forma adottata, ma al suo contenuto (cosiddetto "principio di prevalenza della sostanza sulla forma"). Pertanto, siccome il provvedimento - impropriamente qualificato ordinanza - con cui il giudice monocratico affermi

e) per le statuizioni nel giudizio di appello a carattere impediente, quali la dichiarazione di inammissibilità c.d. tradizionale, l'improcedibilità o l'estinzione, da considerare sentenze impugnabili dinanzi al giudice di legittimità (101).

8.2. Le critiche avverso tale impostazione.

Come visto, il presupposto da cui muove la giurisprudenza è che il provvedimento va identificato in base alla sua sostanza; dunque, l'ordinanza emanata per decidere il merito della controversia è qualificabile come sentenza a tutti gli effetti, dovendo inoltre nei suoi confronti essere applicate le regole di validità poste dall'art. 132 c.p.c. (102).

Tuttavia, si ritiene che tale impostazione sia inaccettabile per due principali ordini di ragioni.

Innanzitutto, sul piano positivo, l'operato giurisprudenziale contrasta con l'assetto del codice di rito in tema di identificazione del provvedimento; il riferimento, come noto, è agli artt. 132, 134 e 135 c.p.c., i quali elencano i requisiti estrinseci oggettivamente individuabili per poter qualificare un provvedimento come sentenza, ordinanza o decreto (103).

In secondo luogo, sul piano delle opportunità, l'impostazione assunta a modello rischia di sortire effetti pregiudizievoli per le parti nel corso del giudizio di impugnazione instaurato, con il risultato di dover «ricominciare da capo» la trafila

*(decidendo la relativa questione senza definire il giudizio) la propria giurisdizione ha natura di sentenza non definitiva ai sensi dell'art. 279 c.p.c., secondo comma, numero 4, deve ritenersi preclusa, in mancanza di riserva di impugnazione (la cui omissione determina il passaggio in giudicato della relativa decisione), la riproposizione della questione di giurisdizione attraverso l'impugnazione della sentenza definitiva, non rilevando che, con quest'ultima, lo stesso giudice abbia poi ribadito la propria giurisdizione»; cfr. ad ogni modo le isolate Cass. Civ., 22 ottobre 2003, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, p. 10; nonché Cass. Civ., 16 aprile 2007, n. 8949, in *Giust. Civ.*, 2008, I, 1, p. 197, per l'affermazione del principio secondo cui l'ordinanza emanata per risolvere questioni di giurisdizione resta sempre soggetta a modifica o revoca.*

(101) V. per tutte Cass. Civ., 26 gennaio 1995, n. 910. Inoltre, anche se la questione non è ancora stata posta all'attenzione della Suprema Corte, si reputa coerente con l'impostazione giurisprudenziale ritenere che l'eventuale pronuncia di inammissibilità riconducibile al modello delineato dall'art. 348 *bis* c.p.c. resa in forma di sentenza non consenta l'applicazione della disciplina ordinaria, potendo in quell'ipotetico caso di specie esclusivamente impugnarsi la sentenza di primo grado.

(102) Ancora sul punto *retro* Cap. II, p. 130 ss.

(103) La circostanza è stata già dibattuta *retro* Cap. II, p. 92 ss.

giurisdizionale quando l'ordinanza anomala sia stata emanata dall'organo collegiale (104).

Peraltro, come accennato in precedenza (105), per evitare la rimessione della causa al giudice di primo grado le più recenti pronunce di legittimità hanno affermato il principio per cui l'identificazione del provvedimento in virtù della sua sostanza va limitata al momento della scelta del mezzo di impugnazione, per poi valutarne la validità in sede di impugnazione secondo le regole proprie del modulo effettivamente emanato (106). Orbene, si ritiene tale opzione del tutto inappagante: questo espediente nasconde infatti un'inconciliabile incoerenza sistematica nel raffronto fra il momento di qualificazione – sostanziale – del provvedimento e la successiva valutazione – prettamente formale – dello stesso in sede di gravame (107).

8.3. La possibile teoria ricostruttiva.

Scartata dunque la tenuta dell'approccio giurisprudenziale per le ragioni esposte, rimangono percorribili due vie: calibrare il regime giuridico del provvedimento facendo riferimento alla previsione astratta, ovvero concedere rilevanza alla forma che esso ha concretamente assunto.

Il tema, più in generale, coinvolge un delicato bilanciamento di interessi: da un lato, l'aspirazione dell'ordinamento alla conservazione degli effetti di un atto difforme dal modello legale; dall'altro, l'esigenza di certezza e di tutela delle parti assicurata dal carattere essenzialmente formale del procedimento. A tal proposito, si ritiene che il bilanciamento preferibile per risolvere le peculiari problematiche di questo determinato contesto debba risolversi in favore della prima opzione, in quanto soluzione che, oltre ad essere giustificata da evidenti ragioni di giustizia sostanziale, sembra la sola a porsi in linea con l'impianto sistematico del codice di rito in materia di impugnazioni.

(104) In questa sede, v. ancora Cass. Civ., 13 maggio 2010, n. 11705: «*la regola della prevalenza della sostanza sulla forma vale, infatti, ad esimere dal vizio di nullità provvedimenti il cui contenuto intrinseco sia diverso da quello apparente, a condizione che siano rispettati i requisiti legali di forma propri del tipo legale correttamente adottabile. In tal modo, l'erroneità del nomen juris - di ordinanza o di decreto, in luogo di quello appropriato di sentenza - non inficia di nullità il provvedimento che, in concreto, sia stato sottoscritto anche dal relatore (Cass. 13 dicembre 2001, n. 15746; Cass. 29 agosto 1997 n. 8237)*».

(105) Il discorso era stato infatti già avviato *retro* Cap. III, Sez. II, p. 184.

(106) Così Cass. Civ., 24 marzo 2006, n. 6600, cit.

(107) V. ancora CARRATTA A., *Sostanza del provvedimento abnorme*, cit., p. 1593.

La visione idonea a raggiungere tale obiettivo è quella fatta propria da Garbagnati, per il quale il codice di rito, nel momento in cui assoggetta le sentenze agli ordinari mezzi di impugnazione, intende inequivocabilmente disciplinare il regime giuridico dei provvedimenti che, per legge ed in astratto, debbano assumere tale forma decisoria (108).

Peraltro, la dimostrazione circa la correttezza di tali rilievi muove dalla più ampia constatazione per cui ogni sistema processuale non può che disciplinare la realtà ideale da esso stesso plasmata; motivo per cui, nello specifico, non sembra revocabile in dubbio che il codice di rito ricollegli l'impugnabilità della sentenza *ex art. 323 c.p.c.* ai casi in cui il giudice debba emanare tale decisione *ex art. 279, co. 2, c.p.c.* (109).

Sotto questo punto di vista, si ritiene che alcuni dati positivi comprovino tale risultanza:

a) *in primis*, viene in luce l'art. 339, co. 2, c.p.c., il quale, affermando l'inappellabilità delle «sentenze» emesse dal giudice di pace *ex art. 114 c.p.c.*, richiama espressamente il concetto di sentenza intesa quale pronuncia che «*decide il merito della causa*»;

b) in secondo luogo, può osservarsi come l'art. 340 c.p.c., nel disciplinare la possibilità di differire l'appello avverso le «sentenze» emesse *ex artt. 278 e 279, co. 2, n. 4, c.p.c.*, correla il raggio di azione dell'istituto della riserva alle pronunce in cui, rispettivamente, sia stata «*accertata la sussistenza di un diritto*» ovvero siano state decise «*alcune delle questioni [processuali o di merito] di cui ai numeri 1, 2 e 3*».

A ciò si aggiunga che merita pieno riconoscimento il rilievo, già riportato in precedenza (110), per cui non esiste un potere «di sentenza» o «di ordinanza» in capo al giudice, ma sussiste semmai un potere decisorio ovvero di direzione della sequela procedimentale, che per errore può essere manifestato mediante un modulo diverso da quello prescritto per legge (111).

(108) Lo stesso vale, in via speculare, per i provvedimenti che debbano per legge assumere la forma dell'ordinanza e che, come tali, restano sempre soggetti a modifica o revoca *ex art. 177, co. 2, c.p.c.*; nonché, in generale, per ogni altro provvedimento emanato in forma diversa da quella prescritta.

(109) L'opinione, come visto, è stata esposta da Garbagnati nei suoi vari contributi sul tema.

(110) Su cui specificamente v. *retro* Cap. III, Sez. I, p. 151.

(111) In tal senso GARBAGNATI E., *Recensione*, cit.; *contra* TARZIA G., *Profili*, cit.; in seguito, considerazioni velatamente critiche sono rintracciabili in BONSIGNORI A., voce *Impugnazioni civili in generale*, cit., p. 338. Ad ogni modo, va precisato che ragionare sul tipo di potere effettivamente esercitato dal giudice non scalfisce la valenza della regola primaria: l'identificazione del provvedimento giurisdizionale deve avvenire sulla base esclusiva dei suoi elementi formali. Il vizio di potere posto in

Di contro, è da respingere l'idea che il regime giuridico del provvedimento possa ricavarsi esclusivamente in relazione alla forma concretamente assunta; essa, infatti, muove dall'erroneo presupposto che la forma utilizzata varrebbe ad esprimere *sic et simpliciter* la natura del potere esercitato. E ciò non solo per il «*dualismo di criteri*» (112) creato da Tarzia nel momento in cui finisce per concedere spazio, nel campo dei procedimenti speciali, ad un modello identificativo del provvedimento basato – in ultima analisi – sulla natura sostanziale del precetto emanato dal giudice; ma anche per la sua contrarietà alle intrinseche logiche del processo ordinario di cognizione.

Sotto questo ultimo punto di vista, infatti, si tenga conto che l'attuale art. 279, co. 1, c.p.c., prevede l'utilizzo dell'ordinanza per decidere questioni di competenza. Orbene, in queste fattispecie il riferimento alla mera forma del provvedimento è del tutto insufficiente per individuare il regime giuridico della statuizione: infatti, la constatazione che si tratta di un'ordinanza non risolvere affatto l'alternativa fra il rimedio della modificabilità o revocabilità, ovvero l'impugnazione della statuizione con regolamento necessario di competenza *ex art. 42 c.p.c.*; alternativa che può dirimersi solo considerando la natura del potere espresso dal giudice nel precetto (113).

essere dal giudice, sotto questo punto di vista, determina esclusivamente una nullità per vizio causale del provvedimento, *sub specie* di potenziale inidoneità dello stesso al raggiungimento dello scopo.

(112) Così GARBAGNATI E., *Recensione*, cit., p. 339, il quale prosegue affermando che tale dualismo di criteri porta ad una contraddizione di fondo, in quanto «*altro è la forma in senso stretto, altro è il contenuto formale di un provvedimento; e se si qualifica formalmente ordinanza una ordinanza istruttoria, perché si postula che con essa sia esercitato un potere giuridico di ordinanza, non sembra del tutto coerente definire invece come ordinanza, sotto l'aspetto puramente formale, una ordinanza di convalida di sfratto, facendo perno sull'esercizio da parte del giudice non di un potere di ordinanza, ma di un potere dichiarativo (speciale), e cioè di un potere giuridico di natura profondamente diversa. Identici sono invero, rispetto all'ordinanza istruttoria ed all'ordinanza di convalida, sia la forma in senso stretto, sia il contenuto formale, disciplinati per entrambi i provvedimenti dall'art. 134 cod. proc. civ.; ciò che varia, nelle due ipotesi, è soltanto la natura del potere esercitato dall'organo giurisdizionale: potere istruttorio nel primo caso, potere dichiarativo (o decisorio) nel secondo*».

(113) Ciò, del pari, avviene per la pronuncia resa in materia di sospensione del processo *ex art. 295 c.p.c.*, la quale viene parificata dal punto di vista del regime giuridico alla decisione resa su questioni di competenza. Peraltro, proprio in tema di impugnazione dell'ordinanza emanata *ex art. 295 c.p.c.*, la Suprema Corte afferma che «*il provvedimento di sospensione del processo, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., pur avendo la forma dell'ordinanza, non è revocabile dal giudice che lo ha pronunciato, poiché tale revocabilità confliggerebbe con la previsione della sua impugnabilità mediante regolamento necessario di competenza; ne consegue che, ove la parte, anziché proporre il regolamento nel termine previsto dall'art. 47 c.p.c., comma 2, abbia presentato istanza di revoca dell'ordinanza di sospensione al giudice che l'aveva emanata e questi abbia emesso un provvedimento meramente confermativo di quello precedente, la mancata impugnazione della prima ordinanza determina l'inammissibilità del regolamento proposto avverso il secondo provvedimento, risultando altrimenti eluso – mediante l'inammissibile proposizione di un'istanza di revoca – il termine perentorio previsto dalla norma*» (così Cass. Civ., 29 luglio 2016, n. 15811).

Inoltre, ferme restando le osservazioni finora effettuate, l'impostazione prescelta si pone in perfetta armonia anche con quanto disposto dall'art. 279, co. 4, c.p.c., oggettivamente riconducibile alle ordinanze istruttorie, nelle quali vengano però inseriti *obiter dicta* sconfinanti nel merito della controversia. Di riflesso, stando alla costruzione esegetica che si ritiene preferibile (114):

a) se il collegio emana ordinanza per risolvere questioni istruttorie, e nel farlo utilizza argomentazioni di merito, l'ordinanza emanata resta inoppugnabile, potendo sempre essere modificata o revocata (115); l'evenienza non muta nei casi in cui nell'ordinanza istruttoria venga motivato l'accantonamento di una contestazione a carattere processuale o di merito, sul rilievo prognostico della sua ritenuta infondatezza;

b) se il collegio emana ordinanza per decidere in tutto o in parte la controversia, allora il giudice fuoriesce dal perimetro applicativo della disposizione ed il provvedimento diventa impugnabile secondo le regole ordinarie (116).

Come si può notare, sussiste un netto *discrimen* fra i due gruppi di ipotesi prospettate; *discrimen* che si risolve nella diversa tipologia di statuizione espressa dal giudice nel precetto impartito, da assumersi quale indice esclusivo al fine di vagliare la natura del potere giurisdizionale esercitato dal giudice (117).

Per il medesimo ordine di considerazioni, poi, si avrà che la sentenza emanata dal collegio per dirimere questioni attinenti all'ammissibilità ovvero all'assunzione dei mezzi di prova, nonché quelle relative alla direzione del procedimento, rimarranno sempre soggette alla disciplina propria delle ordinanze istruttorie.

Le conclusioni finora prospettate non mutano in presenza di errori nella scelta del provvedimento perpetrati dal giudice istruttore (118).

(114) Già esposta *retro* Cap. III, Sez. I, p. 148.

(115) Analoghe conclusioni possono prospettarsi in relazione al disposto dell'art. 177, co. 1, c.p.c., per cui «*le ordinanze [del giudice istruttore], comunque motivate, non possono mai pregiudicare la decisione della causa*». Sul punto cfr. ancora Cass. Civ., 26 marzo 2003, n. 4467, secondo cui «*non sono invece impugnabili, ancorché abnormi, i provvedimenti istruttori, in quanto meramente strumentali rispetto alla decisione della causa, revocabili e modificabili dal giudice che li ha emessi e inidonei a dare luogo a giudicato*».

(116) Sull'entità del vizio posto in essere dal giudice in siffatte ipotesi v. *retro* Cap. IV, Sez. I, p. 219, nota 40.

(117) Il criterio così elaborato risulta di agevole constatazione anche dal punto di vista pratico, in quanto ogni provvedimento del giudice si risolve nella statuizione impartita dopo la nota sigla «P.Q.M.».

(118) Il discorso sarà condotto prendendo a modello l'ipotesi della causa a decisione collegiale, ma *a fortiori* le conclusioni tratte varranno per quelle di tipo monocratico.

Infatti, anche in questi casi, fermo il diverso ordine di vizi posti in essere dal giudice (119), l'individuazione del regime giuridico del provvedimento va pur sempre effettuata sulla base dell'art. 279, co. 2, c.p.c., in combinato disposto con l'art. 177 c.p.c.

A tal riguardo, va infatti osservato che è oltremodo eccessivo – come da taluno prospettato in dottrina (120) – considerare inesistente la decisione del giudice istruttore resa in procedimenti di natura collegiale: tale provvedimento risulta comunque emanato nell'ambito di un procedimento a carattere contenzioso, da parte di un giudice effettivamente dotato di potere giurisdizionale, ma al quale per mere ragioni funzionali è stato inibito l'esercizio in concreto del potere decisorio in quella specifica veste (121). Potere che, ad esempio, non esita a materializzarsi laddove la parte proponga istanza *ex art. 186 quater c.p.c.* – potendo l'ordinanza emanata acquisire «*l'efficacia della sentenza impugnabile sull'oggetto dell'istanza*» (122) –, ovvero a seguito della richiesta di liquidazione del compenso proposta dal CTU, sulla quale il giudice procedente (in tesi l'istruttore) emana decreto motivato a carattere decisorio nonché potenzialmente definitivo (123).

Di contro, come visto in precedenza, l'istituto dell'inesistenza giuridica costituisce l'*extrema ratio* del sistema delle invalidità processuali, potendosi ravvisare

(119) Su cui v. nuovamente *retro* Cap. IV, Sez. I, p. 219, nota 40.

(120) Il riferimento è all'impostazione di Montesano su cui già *retro* Cap. III, Sez. II, p. 188, nota 229, nonché *amplius* Cap. III, Sez. II, p. 197, nota 258.

(121) Anche la giurisprudenza sembra di tale avviso, in quanto, seppure nella diversa prospettiva della prevalenza della sostanza sulla forma, afferma che «*costituiscono sentenze - soggette agli ordinari mezzi di impugnazione e suscettibili, in mancanza, di passare in giudicato - i provvedimenti che, ai sensi dell'art. 279 c.p.c., contengono una statuizione di natura decisoria (sulla giurisdizione, sulla competenza, ovvero su questioni pregiudiziali del processo o preliminari di merito), anche quando non definiscono il giudizio*» (*ex multis*, Cass. Civ., 19 dicembre 2014, n. 27127). Infatti, nonostante la diversità di soluzioni, c'è concordanza nell'escludere l'inesistenza giuridica della decisione emanata dal giudice istruttore in forma di ordinanza.

(122) Per gli opportuni riferimenti bibliografici v. *retro* Cap. II, p. 99, nota 140. Ad ogni modo, cfr. ancora CARRATTA A., voce *Ordinanze anticipatorie*, cit., p. 22, per il quale «*se l'ordinanza di cui all'art. 186 quater, dopo l'estinzione del processo, acquista efficacia della sentenza appellabile (non sul solo oggetto dell'ordinanza, ma) sull'intero oggetto dell'istanza, ciò sta a significare che, decorsi i termini di cui agli artt. 325 e 327 c.p.c. senza che sia proposta l'impugnazione, il provvedimento acquista l'efficacia del giudicato pieno*».

(123) Sebbene per GERARDO M., *Il procedimento di opposizione avverso il decreto di liquidazione delle spese di giudizio, con particolare riferimento alle competenze del C.T.U. (art. 15 D.L.vo 1° settembre 2011, n. 150)*, in *www.judicium.it*, il provvedimento, pur se ad indubbio contenuto decisorio, non sarebbe idoneo al passaggio in giudicato. Opinione che, peraltro, lascia adito a dubbi, dal momento che avverso lo stesso è previsto un apposito strumento di contestazione – ovvero l'opposizione *ex art. 170, D.P.R. 115/2002* –, che si conclude con ordinanza non appellabile, ma in virtù della sua natura decisoria nonché definitiva è pacificamente ricorribile per cassazione *ex art. 111 Cost.*

solo nelle ipotesi di carenza assoluta del potere giurisdizionale o difetto assoluto di giurisdizione, oltretutto nei casi di non riconducibilità dell'atto al suo schema essenziale di riferimento (124).

In conclusione, alla luce di quanto finora esposto, va dunque ribadito che tali soluzioni, oltre a porsi in linea con l'impianto sistematico del codice di rito, sono idonee a garantire alla parte il rispetto delle regole dettate in tema di impugnazione, evitando che l'errore del giudice possa arbitrariamente alterare un'inderogabile disciplina legislativa. Ciò, peraltro, senza che risulti menomata l'esigenza di certezza dei «soggetti» contrapposti in giudizio; soggetti che, non va dimenticato, sono sempre rappresentati e difesi da professionisti, ai quali è giusto chiedere un livello di diligenza almeno idoneo ad individuare e rendere innocui questi macroscopici errori dell'organo giudicante facendo ricorso alla strumentazione predisposta in astratto dal codice di rito.

8.4. La discrasia quale caratteristica insita al provvedimento emanato in forma diversa da quella prescritta.

Quanto finora osservato sul piano sistematico porta inevitabilmente a constatare che l'errore del giudice consistente nell'emanazione di un provvedimento di forma diversa da quella prescritta, oltre a non potersi considerare quale autonoma fattispecie di vizio processuale in termini di abnormità, non è in grado nemmeno di alterare il regime giuridico previsto in astratto per legge.

Dunque, sebbene sia evidente la peculiarità di tali situazioni, va ribadito che l'utilizzo dell'espressione «provvedimento abnorme» per individuare l'essenza del fenomeno in analisi nei casi in questione sia assolutamente fuorviante (125). Anzi, vi è di più: come visto, esso richiama falsamente alla mente il diverso istituto sviluppatosi nell'ambito processuale penale (126).

(124) A tal proposito, cfr. quanto già osservato *retro* Cap. II, p. 113 ss.

(125) Come visto, la giurisprudenza utilizza il concetto abnormità per descrivere qualsiasi evenienza – per così dire – estranea alla fisiologica evoluzione del processo. Ma in questo modo il termine perde totalmente di consistenza, svalutandosi nei meandri di un suo utilizzo indiscriminato.

(126) Come si è avuto modo di esporre nel capitolo introduttivo della presente ricerca, infatti, l'abnormità ha nel tempo assunto fisionomia autonoma all'interno del sistema delle invalidità processuali penali, sia rispetto alle nullità sia nei confronti dell'inesistenza giuridica. Il rimedio avverso il provvedimento abnorme, per visione pressoché unanime di dottrina e giurisprudenza è costituito dal ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111 Cost.*

Per tali ragioni, ritenendo assai opportuno abbandonare l'utilizzo di questa locuzione, si conviene nel ritenere che l'essenza del fenomeno nel diritto processuale civile possa essere meglio descritta ricorrendo all'espressione più generica di provvedimento *latu sensu* anomalo (127); ovvero, in alternativa, all'espressione – che qui si intende coniare – di «provvedimento discrasico».

Quest'ultimo lemma, proprio del panorama medico (128), è ancora sconosciuto al linguaggio giuridico, e dunque, sotto questo punto di vista, non risulta né fuorviante né equivoco. In secondo luogo, il significato che è idoneo ad evocare nel linguaggio comune (129) sembra ben esprimere la peculiare patologia insita in dette fattispecie, frutto in ultima analisi di un'alterazione, ovvero di uno squilibrio interno al provvedimento, coinvolgente la forma in rapporto al contenuto sostanziale.

9. Le fattispecie di provvedimento abnorme nei procedimenti speciali.

Come è stato appena rilevato, nei confronti dei provvedimenti anomali – o se si preferisce discrasici – emanati nel processo ordinario di cognizione, è opportuno adottare un'impostazione che tenda a neutralizzare ogni possibile alterazione del regime giuridico della decisione in ragione dell'errore perpetrato dal giudice.

Compito della presente ricerca sarà ora quello di analizzare le ulteriori situazioni anomale che possono verificarsi all'interno dei principali procedimenti speciali disciplinati dall'ordinamento processuale civile. L'esposizione sarà così strutturata: dopo aver fornito un'ottica di insieme dell'orientamento giurisprudenziale di volta in volta avutosi, si cercherà di delineare, alla luce dei principi ricavabili in materia di impugnazione, la soluzione preferibile per approcciare e risolvere tali problematiche.

Ciò, peraltro, avverrà vagliando la correttezza delle risultanze giurisprudenziali alla luce dei seguenti principi generali ritenuti valevoli di accoglimento in tema di impugnazioni, i quali, *mutatis mutandis*, trovano piena applicazione anche nell'ambito dei procedimenti speciali:

(127) Su cui JANNUZZI A., op. cit., *passim*.

(128) Il termine discrasia nasce in ambito medico per indicare uno «*squilibrio fra gli umori dell'organismo umano*», ovvero «*qualsiasi alterazione della formazione e composizione del sangue*» (DE MAURO T., voce *Discrasia*, in *Il nuovo De Mauro*, cit.).

(129) Nel linguaggio comune l'espressione discrasia ha finito per assumere il significato di «*disfunzione, squilibrio, stato di caos*» (così ancora DE MAURO T., voce *Discrasia*, in *Il nuovo De Mauro*, cit.).

a) l'impugnazione di un dato provvedimento giurisdizionale, in armonia con il principio di tassatività delle impugnazioni, nonché dell'assorbimento delle invalidità in motivi di gravame *ex art. 161, co. 1, c.p.c.*, deve avvenire attraverso lo strumento di contestazione specificamente predisposto per legge;

b) fra i mezzi di impugnazione, qualora ne sussistano i presupposti delineati dalla giurisprudenza, si pone anche il ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111 Cost.*, oramai definitivamente acquisito nel nostro sistema processuale (130);

c) l'entità del vizio posto in essere dal giudice non può mutare la specifica natura del potere giurisdizionale attribuitogli dall'ordinamento in relazione ad un determinato procedimento;

d) di conseguenza, quale che sia il tipo di vizio perpetrato, non varia il regime giuridico del provvedimento e, dunque, l'identità del mezzo di impugnazione fisiologicamente ricollegato allo stesso da parte del legislatore;

e) al più, qualora il giudice fuoriesca interamente dall'ambito della tutela giurisdizionale configurata dall'ordinamento, ponendo dunque in essere un provvedimento giuridicamente inesistente, la parte, ferma restando la percorribilità dei mezzi di impugnazione propri della decisione, potrà anche esperire in ogni tempo un'apposita *actio nullitatis*, pure in sede di opposizione all'esecuzione.

9.1. Nel procedimento cautelare.

Il procedimento cautelare, che trova ora disciplina unitaria agli artt. 669 *bis ss. c.p.c.*, risponde ad una specifica esigenza di tutela dell'ordinamento processuale (131),

(130) Da ultimo v. l'art. 360, ult. co., c.p.c.

(131) Sulla tutela cautelare in generale v. i principali studi di TARZIA G. – SALETTI A. (a cura di), *Il processo cautelare*, 5^a ed., Padova, 2015; RECCHIONI S., *Diritto processuale cautelare*, Torino, 2015; ID., *La tutela cautelare nel prisma del periculum in mora*, L'Aquila, 2010; CHIARLONI S. – CONSOLO C. (a cura di), *Procedimenti cautelari*, Torino, 2005; CAMPAILLA G., *Il giusto processo: tutela cautelare e motivi aggiunti*, Siracusa, 2007; VALITUTTI A., *Inquadramento sistematico della tutela cautelare, il rito cautelare uniforme*, Padova, 2004; TARZIA G. – SALETTI A., voce *Processo cautelare*, in *Enc. Dir.*, V, agg., Milano, 2002, p. 837; MERLIN E., voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 428; TARZIA G., *Il nuovo processo cautelare*, Padova, 1993; OBERTO G., *Il nuovo processo cautelare*, Milano, 1993; ANDOLINA I., *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, in *Foro It.*, 1993, V, p. 66; CONSOLO C., *Il nuovo processo cautelare*, Torino, 1993; OLIVIERI R., *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1991, p. 691; PROTO PISANI A., voce *Procedimenti cautelari*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 1991, p. 1; ID., *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro It.*, 1991, V, p. 87; ID., *Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987, I, p. 109; SALETTI A., *Appunti sulla*

diversa da quella dichiarativa ma pur sempre ricompresa nel diritto costituzionale di azione ex art. 24 Cost., ovvero quella di evitare che il processo possa risultare infruttuoso o inutile per la parte che avanza domanda in giudizio (132). Di qui, la sua possibile duplice funzionalità, tesa – a seconda dei casi – a preservare la situazione sostanziale oggetto della controversia (133), ovvero a garantire anticipatamente la soddisfazione del diritto vantato, in attesa della pronuncia di merito (134).

Data la particolare connotazione di tale tutela, ne deriva che, sul piano strutturale, il provvedimento cautelare emanato è sempre caratterizzato dalla sua intrinseca provvisorietà e strumentalità: provvisorietà, in quanto non possiede efficacia di accertamento, ed è destinato ad essere sostituito dalla successiva decisione di merito; strumentalità, in quanto esclusivamente preordinato al futuro riconoscimento dello specifico diritto posto a base della domanda in giudizio (135).

nuova disciplina delle misure cautelari, in *Riv. Dir. Proc.*, 1991, p. 361; CALVOSA C., *La tutela cautelare: profilo sistematico*, Torino, 1963; ROCCO U., *Trattato*, V, cit.; LIEBMAN E. T., *Unità del procedimento cautelare*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1954, I, p. 248; CALAMANDREI P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936; ALLORIO E., *Per una nozione del processo cautelare*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1936, I, p. 18.

(132) Come spiega infatti CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 41, il processo deve far conseguire al creditore «*tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire*».

(133) Il riferimento è ai c.d. provvedimenti cautelari ad effetto conservativo. Per la bibliografia di riferimento su tali misure, nonché sul raffronto fra esse e quelle anticipatorie v. gli A. citati alla nota seguente.

(134) Il riferimento è ai c.d. provvedimenti cautelari ad effetto anticipatorio, che a seguito di l. 80/2005 godono di un rapporto a strumentalità attenuata rispetto al successivo giudizio di merito. Infatti, ex art. 669 *octies* c.p.c., tali misure non perdono efficacia qualora la parte non provveda ad instaurare il successivo giudizio di merito entro il termine perentorio previsto dal giudice, e comunque entro 60 giorni dall'emanazione. Ad ogni modo, la dottrina concorda nel ritenere che l'autonomia si verifica sul mero piano della cronologicità; viceversa, sul piano della funzionalità, questo tipo di misure mantiene intatto il rapporto di provvisorietà e strumentalità proprio del provvedimento cautelare. Per riferimenti BALENA G., *La disciplina del procedimento cautelare uniforme*, in *Le riforme più recenti al processo civile*, Bari, 2006, p. 328; CAPONI R., *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (L. n. 80 del 2005)*, in *Foro It.*, I, 2006, p. 137; OLIVIERI R., *Brevi considerazioni sul procedimento cautelare uniforme (legge 14 maggio 2005, n. 80)*, in *www.judicium.it*; CARBONARA F., *Limiti oggettivi dell'anticipazione giuridica, strumentalità attenuata ed ulteriori riflessioni in tema di provvedimenti cautelari nel nuovo rito societario*, in *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, a cura di LANFRANCHI R. – CARRATTA A., Torino, 2005, p. 377 ss.; CONSOLO C., *Il nuovo processo cautelare*, cit.; in manualistica, per tutti, LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, IV, cit., p. 202 ss. In passato, nel senso di una distinzione fra provvedimenti cautelari conservativi ed «*innovativi*», v. CARNELUTTI F., *Introduzione allo studio sistematico*, cit., p. 26 ss.

(135) Come già visto nella nota precedente, tale caratteristica permane anche nei confronti delle misure cautelari anticipatorie. Come rileva SALETTI A., *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in *Il processo Cautelare*, a cura di TARZIA G. – SALETTI A., cit., p. 295, «*continua a permanere, infatti, la subordinazione di tutte le misure cautelari, quali che siano, all'esito della causa di merito*». Della medesima opinione anche la giurisprudenza, come si evince dalla relazione di DE PAULI A., *Il reclamo nei confronti del provvedimento cautelare*, in *www.csm.it/quaderni*, per il quale «*l'ordinanza conclusiva (da pronunciarsi entro il termine, ordinatorio, di venti giorni dal deposito dell'istanza) è espressamente inoppugnabile e – per carenza di contenuto decisorio in senso tecnico (suscettibile cioè*

Per quanto più specificamente concerne l'oggetto della presente trattazione, va evidenziato che il provvedimento cautelare, oltre ad essere modificabile o revocabile ex art. 669 *decies* c.p.c., stante la sua natura non decisoria né definitiva (136), può impugnarsi mediante reclamo ex art. 669 *terdecies* c.p.c. nel termine perentorio di 15 giorni dalla comunicazione, o notificazione se anteriore (137). Oltretutto, secondo l'opinione preferibile, è consentito anche ottenere la revoca o la modifica della misura cautelare ottenuta all'esito del giudizio di reclamo, se vi sono i consueti presupposti richiesti dal codice di rito (138).

Orbene, tanto il provvedimento reso in virtù del procedimento di revoca o modifica, quanto quello pronunciato sul reclamo, mantengono le medesime caratteristiche dell'originaria ordinanza cautelare, la quale è espressione di una cognizione sommaria inidonea a consentire il passaggio in giudicato della statuizione ex art. 2909 c.c.

di cristallizzarsi nel giudicato) e per la sua naturale vocazione all'assorbimento nella decisione meritale – inimpugnabile altresì per Cassazione ex art. 111 Cost.».

(136) In base all'art. 669 *decies* c.p.c., «salvo che sia stato proposto reclamo ai sensi dell'articolo 669 *terdecies*, nel corso dell'istruzione il giudice istruttore della causa di merito può, su istanza di parte, modificare o revocare con ordinanza il provvedimento cautelare, anche se emesso anteriormente alla causa, se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare». Per un approccio al tema, v. MERLIN E., *I limiti temporali di efficacia, la revoca e la modifica*, in *I procedimenti cautelari*, a cura di TARZIA G., Padova, 1990, p. 353; TOMMASEO F., *Commento alla legge 26.11.1990, n. 353. Procedimenti urgenti per il processo civile*, in *Corr. Giur.*, 1991, p. 104.

(137) Tale innovativo strumento, introdotto con l. 353/1990, è un vero e proprio mezzo di gravame esperibile anche avverso il provvedimento di rigetto della misura cautelare richiesta (riforma avutasi con l. 80/2005 a seguito di Corte Cost., 23 giugno 1994, n. 253). Sul punto specifico VALILUTTI A., *Problematiche attuali del reclamo cautelare*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, II, Napoli, 2010, p. 1035; CORSINI F., *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002; CONSOLO C., *Il reclamo cautelare e la parità delle armi rinnovata (e dei corollari che ne discendono, anche in tema di giudizio possessorio)*, in *Corr. Giur.*, 1994, p. 948; ARIETA G., *Reclamabilità del provvedimento di rigetto e struttura del reclamo cautelare*, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 2033; ID., *Problemi e prospettive in tema di reclamo cautelare*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1997, p. 426. Per il controverso rapporto che lega lo strumento del reclamo cautelare all'istituto della revoca o modifica v. RECCHIONI S., *Il processo cautelare uniforme*, cit., p. 734 ss.; CORSINI F., *Il reclamo contro il provvedimento che revoca o modifica la misura cautelare*, in *Giur. It.*, 2000, p. 87; MERLIN E., voce *Procedimenti cautelari*, cit., p. 414. Per l'applicabilità del reclamo avverso i provvedimenti di attuazione ex art. 669 *duodecies* c.p.c. cfr. per tutti BARBERIO A. I., *Sulla reclamabilità dei provvedimenti di attuazione delle misure cautelari*, in *Giur. Merito*, 2006, 12, p. 2636 ss. Infine, per la particolare problematica dell'ammissibilità del reclamo incidentale, v. GIORDANO R., *Note minime in tema di reclamo cautelare incidentale*, in *Giur. Merito*, 2008, 7 – 8, p. 1901 ss.; DALMOTTO E., *Ammissibilità e termini del reclamo cautelare incidentale*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1988, p. 403.

(138) Per la giurisprudenza di merito cfr. Trib. Udine, 14 dicembre 1994, in *Foro It.*, 1995, I, p. 2295; Trib. Bassano del Grappa, 19 marzo 1999, in *Giur. It.*, 2000, p. 303. Anche la dottrina dominante concorda sul punto, ritenendo di converso reclamabile il provvedimento reso all'esito del procedimento di modifica o revoca: in tal senso MERLIN E., *I limiti temporali di efficacia, la revoca e la modifica*, cit., p. 374; SASSANI B., *sub art. 669 decies*, in *Commentario alla riforma del processo civile*, a cura di CONSOLO C. – LUISO F. P. – SASSANI B., Milano, 1996, p. 504; contrario VERDE G., *Profili del processo civile*, II, cit., p. 258.

Le premesse così sinteticamente esposte sono fondamentali per comprendere l'atteggiamento giurisprudenziale in tema di impugnazione del provvedimento cautelare qualificato dalla parte come abnorme, per avere il giudice effettuato in concreto un vero e proprio accertamento sconfinante nel merito della controversia (139).

Infatti, stante il principio per cui la decisione cautelare possiede sempre natura strumentale e provvisoria rispetto alla successiva decisione di merito, costituisce oramai (140) *ius receptum* della Suprema Corte la dichiarazione di inammissibilità del ricorso straordinario *ex art. 111 Cost.* avverso il provvedimento reso a seguito di reclamo (141), pur se esperito contro provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* (142), ovvero nei confronti di ogni altra misura a scopo prettamente cautelare (143).

(139) Peraltro, muovendo da tale circostanza, Cass. Civ., 12 agosto 1992, n. 9546, aveva sostenuto la possibilità di appellare l'ordinanza in ragione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma (cfr. in motivazione anche Cass. Civ., 4 novembre 2009, n. 23410). L'orientamento, oramai rimasto del tutto recessivo, non può meritare accoglimento. Infatti, a differenza delle ipotesi di abnormità (*rectius*: discrasia) analizzate nel processo ordinario di cognizione, in questi casi non si assiste semplicemente ad un errore di forma del provvedimento (ordinanza anziché sentenza), bensì al preteso esercizio di un potere giurisdizionale decisorio che in astratto non è attribuito al giudice preposto alla tutela cautelare. Oltretutto, anche dal punto di vista sostanziale (assai caro alla giurisprudenza), il provvedimento continua ad avere l'efficacia propria di una statuizione resa all'esito di un procedimento cautelare, parametrando i suoi effetti – sempre strumentali e provvisori – in relazione alla natura della materia trattata.

(140) Per l'esperimento del ricorso straordinario in cassazione si era in passato espressa Cass. Civ., 12 dicembre 1991, n. 13415; nonché Cass. Civ., 16 gennaio 1986 n. 251.

(141) *Ex multis*, Cass. Civ., 22 luglio 2016, n. 15168; Cass. Civ., 31 marzo 2014, n. 7498, sull'inammissibilità del ricorso straordinario per cassazione avverso l'ordinanza pronunciata su reclamo *ex art. 669 terdecies c.p.c.* Conclusioni che, secondo l'indirizzo pressoché unanime della giurisprudenza di legittimità, non mutano in presenza di vizio qualificato dalla parte in termini di abnormità. In effetti per Cass. Civ., 20 novembre 2013, n. 26073 «*né la conclusione muta, allorché il ricorrente lamenti l'abnormità della decisione ed i suoi effetti gravi ed irreversibili, atteso che, sotto il primo profilo, l'impugnabilità di un provvedimento è in funzione del regime giuridico suo proprio e non della qualificabilità del vizio denunziato in termini di nullità processuale o invece di abnormità, mentre, sotto il secondo profilo, la gravità degli effetti non è, di per sé, elemento idoneo a riflettersi sulle caratteristiche giuridiche del provvedimento, in particolare sulla sua provvisorietà e strumentalità, le quali rendono inammissibile il ricorso per cassazione*». Conformi nel corso dei decenni Cass. Civ., 12 maggio 2016, n. 9699; Cass. Civ., 27 marzo 2015, n. 6302; Cass. Civ., 6 novembre 2014, n. 23652; Cass. Civ., 18 settembre 2014, n. 19638; Cass. Civ., 12 dicembre 2013, n. 27863; Cass. Civ., 4 giugno 2013, n. 14100; Cass. Civ., 26 luglio 2012, n. 13321; Cass. Civ., 20 luglio 2012, n. 12760; Cass. Civ., 3 agosto 2011, n. 17592; Cass. Civ., 19 novembre 2010, n. 23504; Cass. Civ., 18 agosto 2011, n. 17380; Cass. Civ., 22 settembre 2009, n. 20372; Cass. Civ., 29 ottobre 2008, n. 25981; Cass. Civ., 20 novembre 2007, n. 24155; Cass. Civ., 23 gennaio 2004, n. 1245; Cass. Civ., 14 gennaio 2003, n. 441; Cass. Civ., 29 ottobre 1997, n. 10693; Cass. Civ., 29 ottobre 1992, n. 11770; nonché, prima della codificazione del procedimento cautelare uniforme, Cass. Civ., 4 dicembre 1989 n. 5304; Cass. Civ., 1 dicembre 1987, n. 8925; Cass. Civ., 22 ottobre 1987, n. 7796; Cass. Civ., 19 febbraio 1987 n. 1791; Cass. Civ., 10 febbraio 1987, n. 1390.

(142) Alle medesime conclusioni sono infatti soggetti i provvedimenti cautelari contemplati in via residuale dall'art. 700 c.p.c., per i quali si è del pari precisato che «*l'inammissibilità [del ricorso straordinario ex art. 111 Cost.] sussiste, pur quando, si deduca un'abnormità, in relazione a statuizioni comunque eccedenti la funzione cautelare dato che l'inidoneità permane, quale ontologica e ineludibile conseguenza della tipologia del procedimento seguito*» (in tal senso Cass. Civ., 16 marzo 2012, n. 4275;

Inoltre, va rilevato come tale indirizzo, a partire dal 2004 (144), sia stato esteso anche riguardo le contestazioni – *sub specie* di abnormità – mosse avverso l'eventuale capo spese contenuto nel provvedimento cautelare *ex art. 669 terdecies c.p.c.* (145), il quale sarà dunque sempre denunciabile dalla parte in sede di opposizione all'esecuzione, con conseguente inammissibilità del ricorso straordinario alla Suprema Corte (146).

Orbene, si ritiene che tali soluzioni siano perfettamente in linea con i principi generali posti a premessa della trattazione.

9.2. Nel procedimento esecutivo.

I vari procedimenti di esecuzione forzata, previsti dal libro III del codice di procedura civile, rispondono ad un'autonoma esigenza di tutela (147), diversa sia da quella dichiarativa che da quella cautelare, ma pur sempre ricompresa nella garanzia costituzionale del diritto di azione *ex art. 24 Cost.* (148).

Nello specifico, infatti, mediante l'instaurazione del processo esecutivo, la parte che vanta un titolo esecutivo a garanzia del proprio diritto, anche qualora provvisorio (si

conformi Cass. Civ., 3 dicembre 2007, n. 25205; Cass. Civ., 24 gennaio 2006, n. 1332; Cass. Civ., 27 dicembre 1993, n. 12797).

(143) In argomento Cass. Civ., 15 dicembre 2011, n. 27087, per la richiesta di sospensione della liquidazione dell'attivo nella procedura di fallimento; Cass. Civ., 4 agosto 2016, n. 16357, Cass. Civ., 12 marzo 2009, n. 6047, Cass. Civ., 9 marzo 2007, n. 5558, per l'istanza di sospensione della provvisoria esecutività della sentenza di primo grado; Cass. Civ., 29 febbraio 2016, n. 3913, per l'istanza di sospensione dei termini processuali; Cass. Civ., 19 maggio 2015, n. 10193, sulla natura interinale e provvisoria del rimedio cautelare costituito dall'accertamento tecnico preventivo *ex art. 698 c.p.c.*, che in ogni caso non può essere impugnato *ex art. 111 Cost.*, bensì, è esclusivamente reclamabile ai sensi dell'*art. 669 terdecies c.p.c.* nei casi previsti dalla legge (arg. *ex Corte Cost.*, 16 maggio 2008, n. 144); Cass. Civ., 10 febbraio 2006, n. 3012, sulla sospensione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo.

(144) Il riferimento è a Cass. Civ., 23 gennaio 2004, n. 1245, cit.

(145) Infatti, nel caso in cui venga confermato all'esito del reclamo il provvedimento negativo già pronunciato, ovvero venga revocata la misura cautelare precedentemente concessa, il giudice dovrà pronunciarsi sulle spese del procedimento cautelare. Sul punto per tutti TARZIA G. – GHIRGA M. F., *Il reclamo*, in *Il processo cautelare*, a cura TARZIA G. – SALETTI A., cit., p. 567.

(146) In tal senso, dopo l'*overruling* di Cass. Civ., 23 gennaio 2004, n. 1245, cit., v. Cass. Civ., 10 luglio 2014, n. 15748; Cass. Civ., 16 maggio 2014, n. 10836; Cass. Civ., 26 agosto 2013, n. 19540; Cass. Civ., 4 aprile 2011, n. 7627; viceversa, per l'opposto orientamento v. in passato Cass. Civ., 9 febbraio 1994, n. 1272.

(147) Ancora una volta possono apprezzarsi, sotto questa prospettiva, le affermazioni di CHIOVENDA G., *Istituzioni*, I, cit., p. 41, per cui il processo deve far conseguire al creditore «*tutto quello e proprio quello che egli ha diritto di conseguire*».

(148) Così LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, III, cit., p. 17; cfr anche TARZIA G., *Il giusto processo di esecuzione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, p. 339.

pensi all'efficacia della sentenza di primo grado *ex art. 282 c.p.c.*) o addirittura creatosi in un contesto stragiudiziale (è il caso tipico della cambiale) ha il potere di ottenere in via coattiva il soddisfacimento del credito vantato, o comunque la realizzazione di quanto dovuto, a fronte del mancato adempimento spontaneo del debitore (149).

Se tanto vale a descrivere la funzione dell'esecuzione forzata, può constatarsi, sul piano strutturale, come l'eventuale misura giurisdizionale di merito resa all'esito di tale procedimento sia «*sempre e costantemente a senso unico, cioè favorevole all'istante*» (150), ovvero idonea a rivelare il carattere unidirezionale della tutela esecutiva. Ed in effetti, è stato già correttamente osservato che nel processo esecutivo non vi sono «*controversie da decidere, ma diritti da attuare*» (151).

(149) La sintetica ricostruzione effettuata nel testo appare in linea con l'impostazione generalmente accettata in tema di esecuzione forzata. Per approfondimenti sul tema della tutela esecutiva si rinvia ai principali contributi di CAPPONI B., *Lineamenti del processo esecutivo*, Bologna, 2008; ARIETA G. – DE SANTIS D., *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto processuale civile*, a cura di MONTESANO L. – ARIETA G., Padova, 2007, p. 997; CARDINALI S., *Appunti sul processo esecutivo*, Roma, 2003; CRIVELLI A. (a cura di), *Esecuzione forzata e processo esecutivo*, Torino, 2012; BONSIGNORI A., *L'esecuzione forzata*, Torino, 1991; PILLONI M., *Accertamento e attuazione del credito nell'esecuzione forzata*, Torino, 2011; MAZZAMUTO S., *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di RESCIGNO P., cit., p. 190; ANDOLINA I., *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*, Milano, 1983; ALLORIO E. – COLESANTI V., voce *Esecuzione forzata (diritto processuale civile)*, in *N.s.simo Dig. It.*, III, Torino, 1960, p. 724; SATTA S., *Diritto processuale civile*, III, cit., Milano, 1966; ID., *L'esecuzione forzata nella tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Studi in onore di Francesco Carnelutti*, II, cit.; ID., *L'esecuzione forzata*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di VASSALLI F., Torino, 1952, p. 207; ID., *Premesse generali alla dottrina dell'esecuzione forzata*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1932, I, p. 335; GARBAGNATI E., *Espropriazione, azione esecutiva e titolo esecutivo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1956, p. 1331; MANDRIOLI C., *L'azione esecutiva*, Milano, 1955; nonché più in generale, ID., *Sui caratteri dell'attività giurisdizionale desunti dalle norme positive*, in *Jus*, 1962, p. 161; CATTANEO V., *Osservazioni sul processo di esecuzione*, Roma, 1945; CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, III, cit.; ALLORIO E., voce *Esecuzione forzata in generale*, in *N.vo Dig. It.*, Torino, V, 1938, p. 504; PUGLIATTI S., *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935. Per quanto più specificamente concerne la tematica del titolo esecutivo quale unico motore propulsivo dell'esecuzione forzata v. VACCARELLA R., *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, II, Torino, 1993; ID., voce *Titolo esecutivo*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1994; GRASSO E., voce *Titolo esecutivo*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 685; FABIANI E., *Brevi note in tema di successione nel diritto controverso e limiti soggettivi di efficacia del titolo esecutivo*, in *Foro It.*, 1999, I, p. 263; ANDOLINA I., *Contributo alla dottrina del titolo esecutivo*, Milano, 1982; ID., *Introduzione alla teoria del titolo esecutivo*, Milano 1968; LUISO F. P., *Efficacia del titolo esecutivo rispetto ai terzi*, Perugia, 1979; GARBAGNATI E., *Espropriazione, azione esecutiva, e titolo esecutivo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1956, p. 1331; ID., *Sterilità di una pseudo polemica sul titolo esecutivo*, *ivi*, 1967, p. 325; SATTA S., *Il titolo esecutivo*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1964, I, p. 177; MASSARI A., voce *Titolo esecutivo*, in *N.s.simo Dig. It.*, XIX, Torino, 1963, p. 685; CARNELUTTI F., *Titolo esecutivo e scienza del processo*, in *Studi di diritto processuale*, IV, Padova, 1939, p. 127; FURNO C., *Condanna e titolo esecutivo*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 1937, p. 97; LIEBMAN E. T., *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1934, p. 127.

(150) LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, III, cit., p. 19.

(151) Così ORIANI R., voce *Opposizione all'esecuzione*, cit., p. 585. In altri termini, dunque, il processo di esecuzione forzata, in quanto teleologicamente preordinato alla sollecita attuazione del titolo esecutivo, tende alla realizzazione pratica del diritto vantato dal soggetto istante.

Ciò, ad ogni modo, non toglie – anzi giustifica – un’oculata applicazione dei principi costituzionali e processuali civili generali, sebbene proporzionata allo scopo cui l’esecuzione stessa è destinata; di qui, su tutte, la necessità di un diritto al contraddittorio fra creditore, debitore ed eventuali terzi, circa il *quomodo* dell’esecuzione forzata nelle sue varie fasi, attuato a norma degli artt. 485 e 486 c.p.c. (152).

Nel contesto così delineato può essere ora inserita la figura del giudice dell’esecuzione (153), al quale il legislatore attribuisce il potere di dirigere la procedura fino al suo esito positivo, ovvero di ordinarne nei casi previsti la sua chiusura anticipata.

In generale, in base all’art. 487 c.p.c., il giudice dell’esecuzione – salvo diversa disposizione (154) – provvede su ogni questione con ordinanza, la quale, oltre ad essere revocabile o modificabile dal giudice stesso finché non abbia avuto attuazione, può costituire oggetto di opposizione ai sensi e nei limiti dell’art. 617 c.p.c. (155).

Orbene, nel sistema delineato dal titolo quinto del medesimo libro III del codice di rito, tale opposizione – ed il discorso vale *a fortiori* per quella *ex art.* 615 c.p.c. (156)

(152) Fra gli altri v. CAPPONI B., *Alcuni problemi sul contraddittorio e processo esecutivo (alla luce del nuovo art. 111 della Costituzione)*, in *Riv. Es. Forz.*, 2001, I, p. 28; GILI A., *Principio del contraddittorio ed esecuzione forzata*, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, p. 1042; RICCIARDELLI, *Brevi riflessioni in tema di contraddittorio esecutivo*, in *Dir. Giur.*, 1981, p. 964 MAZZARELLA F., *Sul contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1979, II, p. 638; TARZIA G., *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1978, p. 193. Ad ogni modo, la giurisprudenza dominante, pur riconoscendo valore al principio del contraddittorio nel processo esecutivo, limita in concreto gli effetti della sua violazione, in quanto afferma che «non potendosi configurare un generico ed astratto diritto al contraddittorio, è inammissibile l’impugnazione di un atto dell’esecuzione con la quale si lamenti la mera lesione del contraddittorio, senza prospettare a fondamento dell’impugnazione stessa le ragioni per le quali tale lesione abbia comportato l’ingiustizia del processo, causata dall’impossibilità di difendersi a tutela di quei diritti o di quelle posizioni giuridicamente protette» (Così Cass. Civ., 3 febbraio 2012, n. 1609, in *Rep. Foro It.*, 2012, voce *Esecuzione in genere*, n. 38; conformi Cass. Civ., 31 agosto 2011, n. 17874; Cass. Civ., 2 novembre 2010, n. 22279; Cass. Civ., 20 novembre 2009, n. 24532; Cass. Civ., 17 luglio 2009, n. 16731; Cass. Civ., 17 maggio 2005, n. 10334; Cass. Civ., 19 agosto 2003, n. 12122).

(153) Il riferimento è al magistrato, togato ovvero onorario, incaricato di seguire la procedura; viceversa, il concetto di organo esecutivo è più ampio, dovendosi comprendere in esso anche il personale di cancelleria nonché gli ufficiali giudiziari preposti.

(154) A ciò si accompagnano altre norme dettate dal codice di rito in relazione alle varie fasi degli specifici procedimenti esecutivi. Ad esempio, si pensi al decreto di trasferimento del bene immobile pignorato *ex art.* 586 c.p.c.

(155) Il principio è consolidato nella giurisprudenza di legittimità, la quale aggiunge che «la scelta, tra l’uno o l’altro rimedio, esperibile indifferentemente per motivi di opportunità o motivi di legittimità (art. 177 c.p.c.), è rimessa al richiedente (Cass. 21 aprile 1997 n. 3427). Si può, quindi, affermare che, nel processo esecutivo, il potere di revoca, da parte del giudice dell’esecuzione, dei propri provvedimenti previsti dall’art. 487 c.p.c., concorre con il rimedio, ad istanza di parte, dell’opposizione agli atti esecutivi, salvo che non sia avvenuta l’esecuzione del provvedimento medesimo» (*ex multis* Cass. Civ., 10 giugno 2008, n. 15331).

(156) Cfr. in questa sede Cass. Civ., 27 giugno 2014, n. 14640, concernente l’impugnazione per cassazione di un provvedimento emanato *ex art.* 610 c.p.c. dal giudice dell’esecuzione: «la

– non può inserirsi nell’ambito del processo in corso, ma deve essere trattata in apposita sede contenziosa, autonoma rispetto al procedimento esecutivo e nella quale il giudice possiede un astratto potere giurisdizionale decisorio.

Se si tiene conto di questo, risulta agevole comprendere, come confermato dalla giurisprudenza di legittimità, che le opposizioni esecutive si concludono sempre con sentenza impugnabile (arg. ex artt. 616 e 618 c.p.c., co. 2, c.p.c.), in quanto emanata a conclusione di un procedimento introdotto e svolto nelle forme di un ordinario procedimento contenzioso (157).

Anche in questo caso, quanto sinteticamente premesso consente di comprendere l’atteggiamento giurisprudenziale in tema di impugnazione dell’atto di esecuzione qualificato come abnorme dalla parte, per avere il giudice effettuato in concreto un accertamento estraneo all’oggetto del processo, ovvero commesso errori particolarmente gravi o peculiari.

Più distesamente, il principio espresso nella maggioranza delle decisioni di legittimità è che *«non vi è ragione per sostenere che le ordinanze in questione debbano apparire estranee all'intero sistema organico della legge processuale, in quanto la stessa pretesa abnormità è pur sempre motivo di opposizione agli atti esecutivi, non essendovi ragioni particolari per sottrarre l'atto al suo normale regime»* (158);

giurisprudenza che ha ammesso in questi casi eccezionali il rimedio dell'appello, ha sostanzialmente equiparato il provvedimento del giudice dell'esecuzione ad una sentenza conclusiva di un giudizio di opposizione all'esecuzione (cfr. Cass. n. 20648/06 cit.), con un procedimento interpretativo non più consentito dalla riforma delle opposizioni esecutive di cui alla L. n. 52 del 2006. Questa riforma, infatti, avendo scisso, con la sostituzione, ai sensi dell'art. 14 di questa legge, dell'art. 616 cod. proc. civ. (per quanto qui rileva) la fase del giudizio di opposizione all'esecuzione che si svolge dinanzi al giudice dell'esecuzione da quella che si svolge dinanzi al giudice competente per il giudizio di merito sull'opposizione, non consente di riconoscere più in capo al primo poteri decisori della controversia, non essendo perciò mai equiparabili i provvedimenti del giudice dell'esecuzione ad una sentenza, per conseguire la quale è necessario che le parti introducano il relativo giudizio di merito (cfr. Cass. n. 22033/11)». Per l'opposto orientamento v. in passato Cass. Civ., 23 luglio 1992, n. 8874.

(157) In punto di principio, Cass. Civ., 22 gennaio 2003, n. 971, afferma che *«le opposizioni esecutive debbono concludersi con sentenza (art. 616 c.p.c., e art. 618 c.p.c., comma 2), la quale deve essere tale non solo dal punto di vista formale (art. 132 c.p.c.), ma anche sotto il profilo strutturale, nel senso che questa rappresenta la conclusione di un procedimento che è stato introdotto ed è stato svolto con le forme del procedimento contenzioso ordinario, la cui conclusione è soggetta a rimedi di tipo impugnatorio»*; conformi Cass. Civ., 20 marzo 2006, n. 6100; Cass. Civ., 2 agosto 1993, n. 8523; Cass. Civ., 3 settembre 1990, n. 9102; Cass. Civ., 9 settembre 1997, n. 8765, la quale richiama altresì in decisione Cass. Civ., 15 marzo 1980, n. 1752.

(158) Così Cass. Civ., 10 giugno 2008, n. 15331, cit. Chiarisce Cass. Civ., 19 febbraio 2008, n. 4231, che *«i rilievi del ricorrente, secondo cui l'ordinanza impugnata avrebbe carattere abnorme e sostanzialmente decisorio, avendo il Giudice erroneamente ritenuto positiva la dichiarazione del terzo ed avendo provveduto in mancanza del contraddittorio fra le parti, non valgono a dimostrare l'ammissibilità del ricorso, potendo anche i vizi e le anomalie definite abnormi essere fatte valere in sede di opposizione*

principio che, tradotto in termini pratici, consente alla Suprema Corte di dichiarare inammissibili i ricorsi proposti *ex art. 111 Cost.* direttamente avverso l'atto di esecuzione (159).

Ad ogni modo, è stato in passato rilevato che quando il vizio è talmente grave da condurre all'inesistenza giuridica del provvedimento, allora al rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi si affianca la possibilità di esperire in ogni tempo un'apposita *actio nullitatis* (160).

In ragione di quanto esposto, si ritiene che le soluzioni fornite in giurisprudenza siano perfettamente allineate con i principi generali posti a premessa della trattazione.

Ad ogni modo, merita da ultimo attenzione una peculiare fattispecie, idonea a provocare in seno alla giurisprudenza di legittimità un acceso contrasto.

Il riferimento è all'ipotesi in cui il giudice dell'esecuzione, destinatario del ricorso in opposizione agli atti esecutivi *ex art. 617, co. 2, c.p.c.*, anziché fissare udienza per la comparizione delle parti previa introduzione del giudizio di merito mediante apposita iscrizione a ruolo, disattenda l'opposizione con decreto *inaudita altera parte* steso in calce al ricorso depositato (161).

agli atti esecutivi»; v. altresì Cass. Civ., 15 dicembre 1994, n. 10735, per la quale «l'opposizione agli atti esecutivi può essere proposta, sia per le irregolarità formali, sia per fare valere vizi sostanziali dei singoli atti esecutivi e per fare rilevare la giuridica inesistenza di provvedimenti abnormi». Conformi Cass. Civ., 29 gennaio 2016, n. 1674; Cass. Civ., 15 gennaio 2014, n. 681; Cass. Civ., 19 ottobre 2007, n. 21860; Cass. Civ., 11 maggio 1988, n. 3438; nonché in motivazione Cass. Civ., 19 maggio 2009, n. 11563.

(159) La decisione resa all'esito del giudizio di opposizione *ex art. 617 c.p.c.* potrà poi essere oggetto di ricorso straordinario per cassazione, in linea con quanto già osservato in precedenza. In dottrina v. in argomento FERINA F., *La opposizione agli atti esecutivi come rimedio ai provvedimenti del giudice dell'esecuzione*, in *Giust. Civ.*, 1981, p. 392.

(160) Nel processo esecutivo la categoria del provvedimento abnorme è stata utilizzata poche volte: per ammettere la proponibilità dell'opposizione agli atti esecutivi anche dopo il decorso dei cinque giorni (Cass. Civ., n. 1549 del 1972), oppure per giustificare la revoca in ogni tempo, nonostante la chiusura del processo, del provvedimento pronunciato (Cass. Civ., n. 6245 del 1980). V. inoltre il principio espresso da Cass. Civ., 1 luglio 1992, n. 8085, per cui «*avverso il provvedimento abnorme del giudice della esecuzione, emesso in radicale carenza di potere, per totale estraneità alla tipologia dei provvedimenti previsti dall'ordinamento positivo, non sia ammissibile il ricorso per cassazione ex art. 111 Cost., in quanto non ricorre un'ipotesi di nullità convertibile in motivo di appello, ma d'inesistenza giuridica denunciabile in ogni tempo con l'actio nullitatis, quale ordinaria azione di accertamento*» (conformi Cass. Civ., 23 novembre 1993, n. 11565; Cass. Civ., 3 settembre 1990, n. 9102). Tralasciando per il momento l'aspetto dell'appellabilità dell'atto esecutivo (che solo *ratione temporis* avrebbe potuto in tesi essere giustificato), va rilevato che il riferimento all'abnormità dell'atto, come già osservato in precedenza, è improprio, in quanto trattasi di vizio di inesistenza giuridica.

(161) Non a caso, la questione è stata affrontata dalla giurisprudenza citata nelle precedenti note, la quale, sebbene converga in punto di principio sulla distinzione funzionale e strutturale fra procedimento esecutivo e processo di opposizione *ex art. 617 c.p.c.*, non risulta allineata per quanto concerne l'aspetto del trattamento del vizio. Peraltro, la suddivisione degli orientamenti sarà effettuata a

In questo caso, il problema non è tanto l'ipotetica qualificazione della decisione in termini di abnormità, che come visto non viene reputata idonea ad influenzare il regime giuridico del provvedimento emanato, bensì, piuttosto, quello di stabilire se il decreto possa considerarsi o meno emanato dal giudice in qualità di organo dell'esecuzione.

A tal proposito, se si ritiene che il deposito del ricorso sia idoneo ad introdurre il giudizio di opposizione, allora si dovrà convenire sul fatto che il giudice sia investito fin da subito del potere di cognizione: ne deriva che il provvedimento emanato, per quanto viziato da denegata giustizia, si innesta all'interno di un procedimento contenzioso ponendovi prematuramente fine, e per tale ragione è impugnabile, al pari della sentenza che avrebbe dovuto essere emanata al suo esito, mediante ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111 Cost.*, in ossequio al principio della prevalenza del regime giuridico astrattamente previsto per legge (162).

Viceversa, se si muove dal presupposto che il procedimento di opposizione possa dirsi instaurato solo a partire dal momento in cui il ricorrente, notificato il ricorso ed il decreto di fissazione dell'udienza alla controparte, iscriva a ruolo la causa, allora ne discende la considerazione che il decreto sia stato emanato da un organo ancora in veste di giudice dell'esecuzione; come tale, esso avrà la stessa valenza di un ordinario atto di esecuzione, il quale resta sempre modificabile o revocabile, ovvero impugnabile – nuovamente – *ex art. 617 c.p.c.* (163).

La soluzione di certo preferibile alla luce del dato positivo sembra essere quest'ultima: infatti, dal punto di vista oggettivo, dall'art. 618, co. 2, c.p.c., si ricava che il giudizio di merito può considerarsi introdotto solo dopo l'avvenuta costituzione mediante iscrizione a ruolo della causa entro il termine perentorio fissato dal giudice. A

breve nel testo. Sul tema cfr. TISCINI R., *Decisione per decreto dell'opposizione agli atti esecutivi: note sulla impugnazione del provvedimento abnorme*, ora in www.judicium.it.

(162) In tal senso, sebbene ragionando in termini di prevalenza della sostanza sulla forma, Cass. Civ., 2 agosto 1993, n. 8523, cit.; Cass. Civ., 9 settembre 1997, n. 8765, cit.; Cass. Civ., 15 marzo 1980, n. 1752, cit.

(163) Il ragionamento effettuato nel testo, pur non esplicito dalle decisioni di legittimità, non può che costituire il necessario presupposto logico del *dictum* secondo il quale «*il provvedimento, viceversa, non solo manca dei requisiti formali richiesti per la sentenza, ma proviene da un giudice - quello dell'esecuzione - al quale la legge non conferisce il potere di emettere provvedimenti definitivi di chiusura del procedimento e non è stato emesso nel contraddittorio di tutte le parti. Questo consente di affermare che al provvedimento impugnato non può essere attribuita portata maggiore di quella propria dell'atto esecutivo, contro il quale i rimedi esperibili non sono quelli dell'immediato ricorso per cassazione, il quale, quindi, risulta inammissibile*» (così Cass. Civ., 22 gennaio 2003, n. 971, cit.; conformi Cass. Civ., 20 marzo 2006, n. 6100, cit.; Cass. Civ., 3 settembre 1990, n. 9102, cit.).

conferma di ciò, nonché dal punto di vista soggettivo, può altresì osservarsi che ai sensi dell'art. 186 *bis*, disp. att., c.p.c., l'opposizione deve essere trattata «*da un magistrato diverso da quello che ha conosciuto degli atti avverso i quali è proposta opposizione*» (164).

9.3. Nelle procedure concorsuali.

Accanto alla procedura esecutiva azionata nei confronti del singolo debitore inadempiente, il nostro ordinamento processuale prevede ulteriori procedure a stampo concorsuale, fra cui la nota procedura fallimentare. La loro disciplina trova ancora oggi spazio nel R.D. 267/1942, meglio conosciuto con il nome di legge fallimentare (165).

L'esigenza sottesa alla creazione di tale sistema è quella di garantire, al verificarsi dello stato di insolvenza del soggetto che esercita attività di impresa (166), il diritto dei creditori ad essere soddisfatti in ragione dei rispettivi crediti vantati, secondo il modello della *par condicio creditorum*. Orbene, questa garanzia di pari trattamento viene attuata dall'ordinamento attraverso determinate procedure collettive tendenti alla liquidazione del patrimonio dell'imprenditore nonché alla successiva soddisfazione dei creditori, nei limiti della massa attiva ricavata e secondo le regole specificamente previste.

(164) Peraltro, per evitare ogni possibile *impasse* – si pensi al diniego dell'ulteriore opposizione agli atti esecutivi da parte dello stesso giudice e negli stessi termini –, può prospettarsi anche la via dell'*actio nullitatis*. Infatti, il giudice dell'esecuzione, mediante tale decreto, pretende di emanare una decisione pur essendo sfornito in astratto del potere giurisdizionale in relazione a detta controversia, potendo rientrare la fattispecie nello schema comunemente accettato di inesistenza giuridica.

(165) Nel tempo si sono alternate svariate riforme (da ultimo v. d.lgs. 180/2015 e d.l. 59/2016, conv. con mod. in l. 119/2016). Nello specifico, oltre al procedimento fallimentare, trovano disciplina nel nostro ordinamento anche il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione controllata, nonché l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza (quest'ultima ora disciplinata nel d.lgs. 270/1999), la quale va a sua volta distinta sia dall'amministrazione straordinaria riservata agli istituti bancari (T.U. bancario), sia da quella straordinaria speciale introdotta per ragioni contingenti (d.l. 347/2003, conv. in l. 39/2004, e succ. mod.).

(166) Al necessario presupposto dello stato di insolvenza si accompagnano ulteriori requisiti, specificamente individuati nei vari procedimenti. Non potendo essere questa la sede per affrontare la complessa tematica, su tali generali questioni si rinvia per tutti al contributo di DEMARCHI G. P., *Fallimento e altre procedure concorsuali: normativa e giurisprudenza ragionata*, Milano, 2009.

Va da sé, dunque, che il ricorso a queste procedure a carattere concorsuale esclude in radice la possibilità di esperire azione esecutiva individuale sopra i beni del debitore (167).

Ciò tratteggiato sul piano generale, si reputa opportuno limitare l'indagine alle vicende problematiche legate all'anomalo operato del giudice delegato nella procedura fallimentare.

Tale organo, nominato a seguito della dichiarazione di fallimento, riveste un ruolo peculiare, in quanto meramente dotato di poteri di vigilanza e controllo sulla regolarità delle successive scansioni procedurali. Più nello specifico, ai sensi dell'art. 25 l. fall., egli può emettere provvedimenti finalizzati alla conservazione del patrimonio fallimentare, compresi – come già visto – i c.d. decreti di acquisizione relativi a beni del fallito e non ricompresi nell'inventario, purché il terzo detentore non rivendichi su di essi propri diritti (168).

Tali atti, fisiologicamente emessi in virtù di un *«potere geneticamente amministrativo»* (169), possono diventare del tutto anomali quando il giudice delegato pretenda acquisire beni sui quali gravano pretese di terzi incompatibili con la loro acquisizione alla massa fallimentare, in quanto allo stesso è precluso per legge ogni potere giurisdizionale di accertamento sul punto.

Orbene, la risposta che la Suprema Corte costantemente fornisce allorché la parte, sul presupposto dell'abnorme decisorietà in concreto del decreto di acquisizione illegittimamente emanato, abbia proposto direttamente ricorso straordinario *ex art. 111*

(167) Art. 51, R.D. 267/1942: *«salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati durante il fallimento, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento»*. Peraltro, la disposizione non esplica la sanzione ricollegata alla sua violazione; ad ogni modo, stando all'orientamento giurisprudenziale maggioritario, si verserebbe in un'ipotesi di inefficacia delle azioni esecutive individuali eventualmente proposte (Cass. Civ., 23 gennaio 1984, n. 546), con legittimazione esclusiva a farla valere in capo al curatore (per questa specificazione v. ad es. Cass. Civ., 3 dicembre 2002, n. 17109).

(168) Sul tema v. anche *retro* Cap. IV, Sez. I, p. 222.

(169) Così TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., pp. 221 – 222, la quale prosegue affermando che *«l'effetto su diritti [di tali decreti] è irrilevante rispetto alla natura del potere astrattamente attribuito al giudice. Ha quindi posizione centrale non già (la sostanza del)l'atto concretamente compiuto, bensì (quella derivante dal)la prescrizione astratta del potere. Il che significa negare valore alla sostanza del provvedimento per la sola ragione che non vi è provvedimento che avrebbe potuto corrispondere a quella sostanza, dal momento che, in alternativa all'atto erroneamente compiuto, vi è l'esercizio di una funzione (amministrativa) del tutto diversa da quella giurisdizionale»*.

Cost. avverso il provvedimento del giudice delegato, è nel senso di dichiararne l'inammissibilità (170).

Ed in effetti, anche in queste fattispecie non muta la considerazione di fondo: ai fini dell'esperibilità di tale impugnazione, occorre appurare se il provvedimento oggetto di contestazione si inserisce in un processo a carattere astrattamente contenzioso fra le parti, e dunque, se lo stesso sia idoneo a decidere, o comunque ad incidere in via definitiva sui diritti delle parti coinvolte (171). In caso negativo – come è l'ipotesi

(170) In tal senso l'orientamento dominante della Suprema Corte. Per riferimenti v. Cass. Civ., 6 aprile 1992, n. 4214, per la quale «i decreti di acquisizione di beni detenuti da terzi, privi di tale attitudine quando rientrano nel loro modello normativo (cioè quando vengono utilizzati verso terzi "consenzienti"), non la acquistano per il fatto di debordare dal modello medesimo, ciò comportando, per essi, non un mutamento di natura (cioè una metamorfosi in provvedimento giurisdizionale cognitorio, su cui si innesterebbe il ricorso per cassazione ai sensi del citato art. 111), ma una connotazione di abnormità, che rende esperibile un rimedio dichiarativo autonomo ("actio nullitatis"). Il ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 è dunque in ogni caso estraneo alla sfera dei decreti di acquisizione su beni detenuti da terzi, perché o tali provvedimenti sono correttamente emanati in assenza di contestazioni e allora il problema neppure sorge; oppure il terzo - come nella specie la Banca del Monte S. Agata - oppone un proprio diritto soggettivo, prospettato come incompatibile e prevalente rispetto alle ragioni dell'espropriazione collettiva, e allora, come si legge nella più volte citata sentenza n. 4180 del 1985, "rimane necessario l'espletamento da parte del curatore.... delle ordinarie azioni per la tutela dei diritti del fallimento oppure ancora, se il decreto di acquisizione sia ciò nonostante emanato, compete al terzo una tutela cognitiva, parimenti ordinaria, sotto forma di azione di nullità» (per analoghi casi di specie cfr. anche Cass. Civ., 13 febbraio 2015, n. 2948; Cass. Civ., n. 4180 del 1985; Cass. Civ., n. 2258 del 1984). Di riflesso, per Cass. Civ., 20 giugno 1997, n. 5557, ne deriva che in tema di abnormità dei provvedimenti adottati dal giudice delegato, quando il giudice delegato pronunci «al di fuori dei casi previsti dall'art. 25 comma 1 n. 2 della legge fallimentare, si configura certamente un atto giuridicamente inesistente per carenza assoluta del potere di emetterlo. Conseguentemente, non essendo tale atto idoneo a produrre l'efficacia propria del giudicato sostanziale, non è ammissibile il ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.» (conformi Cass. Civ., 9 aprile 1984, n. 2258; Cass. Civ., 22 dicembre 1989, n. 726; Cass. Civ., 6 ottobre 1988, n. 5408; Cass. Civ., 6 aprile 1992, n. 4214; Cass. Civ., 5 maggio 1992, n. 5306; Cass. Civ., 4 febbraio 1993, n. 1402; *contra* in passato Cass. Civ., n. 3184 del 1975; Cass. Civ., n. 5437 del 1978), in quanto «come in tutta la materia della liquidazione dei beni in sede fallimentare, i provvedimenti del giudice delegato sono assoggettabili ai rimedi endofallimentari con il mezzo del reclamo di cui all'art. 26 R.D. n. 267/1942» (quest'ultima precisazione è di Cass. Civ., 16 luglio 2008, n. 19506; nonché Cass. Civ., 4 febbraio 2004, n. 2018). Ciò chiarito in via preliminare, peraltro, possono ricavarsi due opposti orientamenti in seno alla giurisprudenza di legittimità: stando ad una prima tesi, potrà essere impugnata ex art. 111 Cost. la decisione resa dal tribunale, al fine di ottenere la cassazione senza rinvio della pronuncia (eventualmente confermativa) dell'operato svolto dal giudice delegato (sul punto Cass. Civ., 8 ottobre 1993, n. 9974); viceversa, per una seconda ricostruzione, «se si nega qualsiasi effetto al decreto di acquisizione emesso in carenza di potere, viene meno, conseguentemente, qualsiasi attitudine del decreto stesso (e del provvedimento di conferma emesso dal Tribunale) al giudicato», con conseguente inammissibilità del ricorso straordinario per cassazione (Cass. Civ., 2 gennaio 1995, n. 2). Peraltro, le ragioni di quest'ultima impostazione si fondano sulla circostanza che «il c.d. decreto di acquisizione non è impugnabile attraverso la sequenza del reclamo endofallimentare (artt. 23, 26 l.fall.) né del ricorso per cassazione (art. 111 Cost.) ma con l'esperimento delle azioni civili ordinarie, le quali, appunto, si instaurano in opposizione a tale specifico atto di giurisdizione esecutiva, volto ad estendere al bene contro verso gli effetti del pignoramento derivanti dalla sentenza» (così Cass. Civ., 9 aprile 1984, n. 2259).

(171) DONZELLI R., *Sul ricorso straordinario in cassazione avverso il decreto che omologa il concordato fallimentare in assenza di opposizioni*, in Riv. Dir. Proc., 2012, p. 207, rileva che la decisorietà di un provvedimento «è strettamente legata alla natura del processo, in quanto il

oggetto di analisi –, ne deriva che l'entità della patologia non è idonea a trasformare il potere attribuito al giudice, da *latu sensu* amministrativo a giurisdizionale (172).

Motivo per cui, come in ogni altro caso in cui la parte voglia contestare l'illegittimo operato del giudice delegato (173), il rimedio esperibile è quello del reclamo al tribunale fallimentare *ex artt.* 23 e 26 l. fall. (174).

provvedimento è da ritenersi decisorio quando, pur non avendo la veste formale della sentenza, costituisce il frutto di un'attività giurisdizionale contenziosa dichiarativa che ha ad oggetto diritti soggettivi o status in ordine al loro accertamento stabile ex art. 2909 cod. civ.».

(172) In altri termini, si tratterebbe, in queste ipotesi, di vizi coinvolgenti l'esistenza giuridica del provvedimento emanato, determinato a monte dall'originaria carenza assoluta di un potere giurisdizionale del giudice delegato. Sul punto, cfr. in motivazione anche Cass. Civ., 26 luglio 2012, n. 13289; Cass. Civ., 19 giugno 1996, n. 5672; Cass. Civ., 21 settembre 1993, n. 9633; nonché Cass. Civ., 9 aprile 1984, n. 2258.

(173) In materia fallimentare, nel procedimento di insinuazione tardiva dei crediti e nello specifico avverso il provvedimento del giudice delegato che, in veste di giudice istruttore della controversia, anziché rimettere la causa in decisione al collegio, emani direttamente la pronuncia, la giurisprudenza dominante formatasi sull'art. 101 l. fall. *ratione temporis* applicabile (*ante riforma* avutasi con d.lgs. 5/2006) indica l'*actio nullitatis* quale unico rimedio esperibile avverso il provvedimento (per tutte Cass. Civ., 4 luglio 2002, n. 9692). Il presupposto a base dell'orientamento prescelto è che, sebbene sussista un potere giurisdizionale in capo al giudice delegato, esso non risulta «*investito di funzioni decisorie*» nella controversia *de quo*, in quanto riservata a decisione collegiale. Per la medesima fattispecie, nel senso dell'ammissibilità del ricorso straordinario *ex* 111 Cost., seppure con orientamento poi rimasto recessivo, v. Cass. Civ., 19 novembre 1997, n. 11497; Cass. Civ., 30 maggio 1997, n. 4868; Cass. Civ., n. 2536 del 1990; Cass. Civ., 24 ottobre 1995, n. 11046, le quali chiariscono che «*si è in presenza di un'abnorme distorsione di funzioni che non può essere neutralizzata se non attraverso il rimedio estremo del ricorso in Cassazione ex art. 111 della Costituzione, sussistendo anche l'altro presupposto per la sua esperibilità, cioè il carattere definitivo del provvedimento*»; nonché, successivamente al *dictum* delle sezioni unite, anche Cass. Civ., 11 marzo 2005, n. 5379. Sotto altro profilo, ma pur sempre nella medesima direzione da ultimo esposta, v. Cass. Civ., 9 settembre 1997, n. 8771, la quale, dopo aver constatato che «*in sede di opposizione allo stato passivo il giudice delegato, ai sensi degli artt. 98 e 99 della legge fallimentare ha solo poteri istruttori e non quindi poteri di decisione né del merito né dell'ammissibilità dell'opposizione (Cass., n. 7902 del 1994): e pertanto non ha il potere di dichiarare l'estinzione del giudizio per abbandono, tanto più quando sono insorte tra le parti, come nella specie, contestazioni sulla sussistenza e sulla validità della costituzione in giudizio del creditore*», taccia come «*abnorme il provvedimento adottato, il quale pertanto è ricorribile per Cassazione, ai sensi dell'art. 111, secondo comma, della Costituzione, in quanto non è altrimenti impugnabile ed ha natura e portata decisoria sul diritto soggettivo fatto valere in via contenziosa dal creditore opponente*». Infine, è rimasta del pari assorbita l'impostazione di Cass. Civ., 30 maggio 1997, n. 4866, la quale, richiamando il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, ritiene esperibile avverso la decisione del giudice delegato in funzione di giudice istruttore *ex art.* 175 c.p.c. lo strumento dell'appello (conformi anche Cass. Civ., 19 giugno 1995, n. 6937; Cass. Civ., 4 giugno 1997, n. 4980; Cass. Civ., 18 giugno 1997, n. 5459; Cass. Civ., 5 gennaio 2000, n. 55). In punto di principio, sembra corretta la conclusione fatta propria da quest'ultimo orientamento: infatti, se effettivamente la figura del giudice delegato è inserita nell'ambito di un procedimento ordinario a carattere contenzioso, allora egli è astrattamente dotato di poteri giurisdizionali, con la conseguenza che il provvedimento reso in violazione delle norme processuali non è inesistente, bensì meramente nullo; di qui, la possibilità di avanzare un giudizio di appello, anche se – si ritiene corretto – in ragione del principio della prevalenza del regime giuridico astrattamente previsto per legge (conformi Cass. Civ., 8 febbraio 2008, n. 301320; Cass. Civ., 20 novembre 1996, n. 10153). Ad ogni modo, ad oggi, in base ai riformati artt. 93 ss. l. fall., si prevede che il giudice delegato «*decide*» con decreto motivato, successivamente opponibile ovvero reclamabile dinanzi al tribunale fallimentare.

(174) In tal senso, nonché nella prospettiva di estendere tale sistema al procedimento di concordato preventivo, Cass. Civ., 15 novembre 2000, n. 14797: «*la disciplina profilatasi dopo i ripetuti interventi del giudice delle leggi (Corte Cost. 156/1986; 55/1986; 303/1985; 42/1981; 118/1963) e di*

9.4. Nei procedimenti di giurisdizione volontaria.

Accanto ai tre tipi di tutela classicamente intesi, ovvero quella dichiarativa, cautelare ed esecutiva, si pone la c.d. giurisdizione sostanzialmente (175) volontaria (176).

Tale attività, lungi dall'avere ad oggetto l'accertamento di diritti soggettivi, risulta finalizzata «ad integrare o realizzare la fattispecie costitutiva di uno stato personale o familiare, di un potere, o della vicenda costitutiva, modificativa o estintiva di una persona giuridica o di altre situazioni simili» (177). In altri termini, dunque, la

questa Corte (SS.UU. 7382/1986; 2255/1984; 304/1975; Cass. 1250/1996; 2196/1992; 9050/1991); 7197/1990; 5798/1988; 157/1979) è nel senso che nel sistema della legge fallimentare il rimedio contro i provvedimenti del giudice è fissato negli artt. 23 e 26 ed è un mezzo di tutela generale contro i provvedimenti gestori o amministrativi e contro quelli decisorio (...). E poiché tale processo di costituzionalizzazione ha investito in via generale la tutela concorsuale, non sorgono dubbi sulla sua utilizzazione anche nella procedura di concordato preventivo, avuto riguardo al disposto degli artt. 164 e 187 ult. comma L.F.»; ne deriva dunque la dichiarazione di inammissibilità del ricorso straordinario per cassazione, in quanto, con riferimento «alla dedotta abnormità del provvedimento, che avrebbe reso ammissibile il ricorso, la sua natura di atto a rilevanza endofallimentare e la assenza di decisorietà, da un lato, e dallo altro il rimedio della actio nullitatis dato dallo ordinamento contro gli atti abnormi». Conformi, oltre alle pronunce riportate in massima, anche Cass. Civ., 19 gennaio 2001, n. 805; nonché, in relazione ai provvedimenti emanati a seguito di reclamo, v. Cass. Civ., 9 maggio 1986, n. 3084; Cass. Civ., 20 settembre 2010, n. 19858; Cass. Civ., 21 gennaio 1999, n. 523.

(175) Nella specie, la distinzione fra giurisdizione sostanzialmente e formalmente volontaria è effettuata da LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, IV, cit., p. 287. Mentre nel primo caso il provvedimento del giudice «costituisce un elemento integrativo dell'efficacia di un atto di diritto sostanziale», nel secondo tale provvedimento «non è un elemento integrativo di un atto di diritto privato, ma un vero e proprio provvedimento che da solo produce effetti di diritto sostanziale». Costituiscono esempi del primo gruppo le autorizzazioni alla vendita dei beni del minore; viceversa, appartengono al secondo gruppo i processi di interdizione, inabilitazione, di separazione e divorzio.

(176) In tema di volontaria giurisdizione v. i principali contributi di MICHELI G. A., *Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1947, I, p. 48; ID., *Significato e limite della giurisdizione volontaria*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1957, p. 551; FAZZALARI E., *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953; ID., voce *Giurisdizione volontaria*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 330; DE MARINI C. M., *Considerazioni sulla natura della giurisdizione volontaria*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1954, p. 255; ALLORIO E., *Saggio polemico*, cit.; DI BLASI F. U., voce *Giurisdizione volontaria*, in *N.ssimi Dig. It.*, VII, Torino, 1961, p. 1094; CERINO CANOVA A., *Per la chiarezza delle idee in tema di procedimento camerale e di volontaria giurisdizione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987, p. 325; VALITUTTI A., *I procedimenti in camera di consiglio*, in *I procedimenti sommari e speciali*, a cura di CHIARLONI S. – CONSOLO C., cit.; CARRATTA A., voce *Processo camerale*, cit., p. 928; in passato cfr. ZANOBINI G., *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, Milano, 1918; fra le opere manualistiche v. PROTO PISANI A., *Lezioni*, cit., p. 667; VERDE G., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 35; LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, IV, cit., p. 285.

(177) Così MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, I, cit., p. 26.

volontaria giurisdizione può essere evocativamente definita come una «*amministrazione pubblica del diritto privato esercitata da organi giudiziari*» (178).

La peculiare funzione non permette la riconduzione ad unità dei plurimi procedimenti previsti per tali materie; ad ogni modo, può segnalarsi come la struttura processuale sia sempre modellata a partire dalle disposizioni generali dettate per i procedimenti in camera di consiglio *ex artt. 737 ss. c.p.c.*

Da ciò discende, per quanto specificamente concerne l'oggetto del presente elaborato, l'esattezza della seguente constatazione: il procedimento camerale si conclude mediante decreto motivato – ovvero con ordinanza se diversamente disposto – il quale, oltre a poter essere reclamato *ex art. 739 c.p.c.*, rimane soggetto a modifica o revoca in ogni tempo, sfuggendo all'autorità propria del giudicato (179). Più specificamente, infatti, la statuizione risulta del tutto sfornita dei caratteri della decisorietà e definitività.

Orbene, per la giurisprudenza di legittimità, tale connotazione intrinseca non viene meno qualora il giudice emani un provvedimento anomalo, con la conseguenza che resta inammissibile il ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111 Cost.*, quand'anche la parte intenda far valere l'abnorme decisorietà in concreto della statuizione emanata (180). Ciò, peraltro, vale per ogni altra ipotesi in cui l'organo giurisdizionale, anche al di fuori del procedimento camerale, sia investito di una funzione *latu sensu* amministrativa ovvero regolatrice di meri interessi contrapposti: ne

(178) ZANOBINI G., *Sull'amministrazione pubblica del diritto privato*, Milano, 1918; espressione poi riproposta da CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, cit., p. 82.

(179) Cfr. ancora gli A. finora citati, che unanimemente convergono sul punto. Per conferme giurisprudenziali, v. ad es. Cass. Civ., 3 febbraio 2012, n. 1590: i provvedimenti «*di volontaria giurisdizione, privi di decisorietà e definitività, giacché (...) revocabile o sostituibile in ogni tempo (...) di tal che sono insuscettibili d'impugnazione straordinaria per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost.*».

(180) Emblematica Cass. Civ., 18 settembre 2006, n. 20132: «*il decreto emesso dal tribunale in sede di reclamo nella materia in discorso non è suscettibile di immediato ricorso in sede di legittimità, rientrando nella facoltà degli interessati promuovere l'ordinario giudizio contenzioso; né la inammissibilità del ricorso può subire deroghe in relazione al tipo di vizio dedotto, perché, quand'anche fosse denunciata la abnormità del procedimento, ovvero vizi "in procedendo", o difetto di giurisdizione o di competenza, o - come nella specie - questioni di costituzionalità, il carattere non definitivo del decreto di cui si tratta non può non estendersi alla definizione di ogni questione inerente al procedimento nel quale esso viene reso, essendo tutte le suddette questioni riproponibili nella fase contenziosa ordinaria, nella quale può essere posta in discussione anche la eventuale condanna alle spese*»; v. anche Cass. Civ., 19 novembre 2010, n. 23504, «*l'impugnabilità di un provvedimento è in funzione del regime giuridico suo proprio, e non della qualificabilità del vizio denunciato in termini di nullità processuale piuttosto che di abnormità*». Adottano la medesima impostazione Cass. Civ., 10 ottobre 1996, n. 8868; Cass. Civ., 20 aprile 1993, n. 4644; Cass. Civ., 17 dicembre 1988, n. 6896. Ad ogni modo, per l'opinione opposta rimasta del tutto isolata cfr. in passato Cass. Civ., n. 3194 del 1983.

costituisce un tipico esempio il provvedimento di nomina degli arbitri emesso dal Presidente del tribunale su istanza di parte (181).

Anche a conclusione di questa rassegna, dunque, può evincersi la conformità dell'orientamento espresso dalla Suprema Corte rispetto ai principi generali richiamati in premessa.

9.5. Nel procedimento per convalida o licenza di sfratto.

In linea generale, il procedimento per convalida di sfratto di cui agli artt. 657 ss. c.p.c. (182) consente al locatore – o al concedente (183) – di intimare, mediante apposito atto di citazione, lo sfratto al conduttore per finita locazione, sia prima che dopo la scadenza del contratto, ovvero per morosità, invitando contestualmente lo stesso a comparire all'udienza fissata per la convalida. Altresì, il conduttore deve essere

(181) Sul punto Cass. Civ., 5 marzo 2002, n. 3129, in materia di impugnazione *ex art.* 111 Cost. avverso un provvedimento di nomina dell'arbitro emanato dal Presidente del tribunale. È stato infatti precisato che egli, in questa veste, «*svolge una funzione di volontaria giurisdizione, non contenziosa, sostanzialmente suppletiva della carente attività negoziale di parte*». Nella stessa direzione anche Cass. Civ., 27 gennaio 1993, n. 1021; cfr. anche Cass. Civ., 10 settembre 1990, n. 9325, in materia di ricusazione dell'arbitro irrituale (peraltro non contemplata dal sistema).

(182) Per una bibliografia essenziale sul procedimento per convalida di sfratto v. TEDOLDI A. (diretto da), *Il procedimento per convalida di sfratto*, Bologna, 2009; BALLATI F. – MARINO A., *Il procedimento di convalida di sfratto*, Padova, 2007; TRIFONE F. – CARRATO A., *Il procedimento per convalida di sfratto*, Milano, 2003; FRASCA R., *Il procedimento per convalida di sfratto*, Torino, 2001; DI MARZIO M., *Il procedimento per convalida di licenza e sfratto*, Milano, 1998; PROTO PISANI A., *Il procedimento per convalida di sfratto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1988, p. 1354; GARBAGNATI E., *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, 5^a ed., Milano, 1979; LAZZARO F. – PREDEN R. – VARRONE M., *Il procedimento per convalida di sfratto*, Milano, 1978; ANSELMINI BLAAS V., *Il procedimento per convalida di licenza o di sfratto*, cit.; DUNI M., *Il procedimento per convalida di sfratto: anche nel caso di locazioni soggette a proroga legale*, 2^a ed., Milano, 1958; GIUDICEANDREA N., *Il procedimento per convalida di sfratto*, Torino, 1956.

(183) Sul delicato coordinamento fra le vicende dei rapporti agrari e l'applicazione del rito speciale, nel caso in cui la competenza sia in capo alle commissioni specializzate agrarie v. MEGHA M., *Inapplicabilità del procedimento per convalida di sfratto alle controversie in materia agraria: fondamento sostanziale e profili di rito*, in *Dir. Giur. Agr. Alim. Amb.*, 2006, p. 466 ss.; NAPPI P., *Sezioni specializzate agrarie (Competenza nel procedimento per convalida di sfratto)*, in *Riv. Dir. Agr.*, 1995, p. 487; LO SURDO G., *Cenni in tema di esegesi dell'art. 48 l. 3 maggio 1982, n. 203, nonché sui procedimenti di cui al titolo I libro IV c.p.c. applicabili all'affitto dei fondi rustici; in particolare, il procedimento di convalida di sfratto*, in *Dir. Giur. Agr.*, 1993, p. 487. Dal canto suo, la giurisprudenza di legittimità nega la possibilità di utilizzare il procedimento di convalida per i rapporti agrari in considerazione della competenza della sezione agraria, che non lascia alcuno spazio al tribunale ordinario sia per i provvedimenti cautelari che per l'emanazione dell'ordinanza *ex art.* 665 c.p.c. Così Cass. Civ., 4 gennaio 2000, n. 17, in *Mass. Giur. It.*, 2000; Cass. Civ., 27 febbraio 1995, n. 2236, in *Riv. Dir. Agr.*, 1995, II, p. 487; Cass. Civ., 15 ottobre 1990, n. 10084, in *Arch. Loc.*, 1991, p. 302; Cass. Civ., 13 gennaio 1987, n. 155, in *Riv. Dir. Agr.*, 1988, II, p. 180. Per pronunce di senso contrario della giurisprudenza di merito v. Trib. Mantova, sez. agr., 19 ottobre 2012, in *www.ilcaso.it*, la quale si discosta da tale orientamento, ritenendo il procedimento di cui agli artt. 657 ss. c.p.c. applicabile alle controversie che rientrano nella competenza delle sezioni specializzate agrarie.

avvertito che, in assenza di comparizione (184) o mancata opposizione alla convalida in sede di udienza, il giudice potrà emanare ordinanza esecutiva *ex art.* 663 c.p.c.

Il procedimento, dunque, è strutturalmente caratterizzato per una cognizione del giudice a carattere sommario. Peraltro, si discute in dottrina sulla natura – e dunque sull'efficacia giuridica – dell'ordinanza validamente emanata e non opposta *ex art.* 668 c.p.c.: la maggioranza degli Autori propende per la decisorietà in senso sostanziale del provvedimento (185), che dunque assume «*la stessa efficacia di una sentenza di identico contenuto, passata in giudicato*» (186). Ciò, in particolare, viene ricavato *a contrario* dall'art. 669 c.p.c., il quale, nel prevedere che l'ordinanza di convalida «*non pregiudica*» la questione relativa alla debenza dei canoni nel caso dello sfratto per morosità, lascia chiaramente intendere che, viceversa, sull'esistenza del rapporto di locazione e della causa di risoluzione sia definitivamente sceso il giudicato (187).

Parimenti, secondo l'orientamento ormai costante della giurisprudenza di legittimità, l'ordinanza di convalida validamente emanata assume il valore di

(184) Nella vigenza del codice di rito del 1865, ai sensi dell'art. 4, l. 24/1896, il contumace che non si fosse costituito in giudizio per nullità della citazione aveva a disposizione «*il rimedio dell'opposizione o l'appello*». Sul tema PUCA A., *Lo sfratto per finita locazione*, Milano, 1901, p. 87, nonché, in seguito RONCO A., *Convalida di sfratto, opposizione tardiva e mezzi ordinari di impugnazione: coordinate dell'esistente e fuga sul possibile*, in *Giur. It.*, 1996, I, p. 639.

(185) Come affermato nel testo, si discute in dottrina sull'idoneità dell'ordinanza validamente emanata e non opposta a passare in giudicato *ex art.* 2909 c.c. La maggioranza degli A. propende per la decisorietà del provvedimento: in tal senso FRASCA R., *Il procedimento per convalida di sfratto*, cit.; PROTO PISANI A., *Il procedimento per convalida di sfratto*, cit., p. 1354; TRIFONE, *sub artt.* 657 – 669, in Codice di procedura civile commentato, a cura di VERDE G. – VACCARELLA R., Torino, 1997; REDENTI E., *Diritto processuale civile*, III, cit., p. 314 (preme peraltro precisare che quest'ultimo A. circoscrive il campo del giudicato a livello quantitativo, parlando a tal proposito di *preclusione pro iudicato*); LAZZARO F. – PREDEN R. – VARRONE M., *Il procedimento per convalida di sfratto*, cit., p. 154. Anche GARBAGNATI E., *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, cit., in revisione di una precedente opinione espressa in ID., *Ancora in tema di appello*, cit., *passim*, prospetta la natura decisoria dell'ordinanza; nello stesso senso, più di recente, BUCCI A. – CRESCENZI M., *Il procedimento per convalida di sfratto: la sanatoria della morosità, la tutela del terzo detentore, il procedimento ex art. 30 della Legge n. 392 del 1978, il decreto ingiuntivo sui canoni*, Padova, 1990, p. 144 ss. Contrario a tale impostazione ANSELMINI BLAAS V., *Il procedimento per convalida di licenza o di sfratto*, cit., p. 75 ss., il quale limita l'efficacia dell'ordinanza a quella di mero titolo esecutivo; FAZZALARI E., *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1956, p. 1304; cfr. infine MONTESANO L., *I procedimenti sommari*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1953, II, p. 73.

(186) Così LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, IV, cit., p. 156.

(187) In tal senso FRASCA R., *Il procedimento per convalida di sfratto*, cit., p. 230, il quale inoltre sostiene che tale conclusione risulti avvalorata dall'art. 664 c.p.c. laddove statuisce che l'opposizione all'ingiunzione, emessa congiuntamente all'ordinanza di convalida di sfratto, «*non toglie efficacia all'avvenuta risoluzione del contratto*»; ciò induce infatti a ritenere che su tale questione sia sceso il giudicato.

provvedimento decisorio e definitivo, idoneo dunque a far passare in giudicato sostanziale la risoluzione del rapporto e la contestuale intimazione (188).

Inoltre, preme evidenziare che la decisorietà dell'ordinanza *de qua* è stata assunta a presupposto dalla Corte Costituzionale in una serie di pronunce avutesi in passato, con le quali è stata estesa a tale provvedimento l'applicabilità delle norme, rispettivamente, sulla revocazione della sentenza *ex art.* 395, nn. 1 e 4, c.p.c., nonché sull'opposizione di terzo ai sensi dell'art. 404 c.p.c. (189).

Ciò chiarito in via preliminare, va altresì evidenziato che, qualora l'ordinanza di convalida venga validamente emanata, il legislatore ordinario prevede quale unico rimedio esperibile l'opposizione tardiva *ex art.* 668 c.p.c. (190); opposizione che è limitata a due tassative ipotesi (191): la mancata conoscenza del procedimento per irregolarità della notificazione, caso fortuito o forza maggiore, ovvero la mancata comparizione all'udienza per causa non imputabile alla parte (192).

Ad ogni modo, va ribadito che a semplice richiesta dell'intimato, da formulare in udienza mediante apposita dichiarazione di opposizione, il procedimento sommario di

(188) In tal senso Cass. Civ., n. 12994 del 2013; Cass. Civ., n. 5040 del 2011; Cass. Civ., n. 19695 del 2008; Cass. Civ., n. 2280 del 2005; Cass. Civ., n. 10172 del 1991; Cass. Civ., n. 2919 del 1985; Cass. Civ., n. 3138 del 1982; nonché altre pronunce per le quali si rinvia al contributo di CHIARINI M. C., *La revocazione e le altre impugnazioni esperibili avverso l'ordinanza di convalida di sfratto di cui all'art. 663 c.p.c.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1997, p. 597, nota 8.

(189) Corte Cost., 20 febbraio 1995, n. 51; Corte Cost., 20 dicembre 1989, n. 558; Corte Cost., 7 giugno 1984, n. 167, tutte in www.cortecostituzionale.it. Per riferimenti dottrinali si rinvia a CHIARINI M. C., op. ult. cit., p. 594, il quale altresì soggiunge che «una volta riconosciuta all'ordinanza di convalida la natura di provvedimento decisorio, dotato di efficacia esecutiva e di idoneità al giudicato, non vi è ragione di non ammettere il rimedio della revocazione [nel caso di specie] *ex art.* 395 n. 1 anche nei confronti di tale provvedimento». Sul tema anche CONSOLO C., *Convalida di sfratto – cassazione – e revocazione: dall'errore di fatto al dolo (come era nelle previsioni)*, in *Giur. It.*, 1995, I, 1, p. 1995; D'ASCOLA P., *Convalida di sfratto e revocazione: i vari motivi e le possibili evoluzioni*, in *Giur. It.*, 1991, I, 1, p. 269; LUISO F. P., *Convalida di sfratto e opposizione di terzo ordinaria*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1978, p. 294.

(190) Sul punto Cass. Civ., 15 maggio 1995, n. 5308, in *Giur. It.*, 1996, I, p. 640: «qualora l'ordinanza per convalida di sfratto di cui all'art. 663 c.p.c. venga pronunciata alla presenza personale del conduttore che non sollevi contestazioni, a quest'ultimo non è consentito appellare l'ordinanza, lamentando la nullità dell'atto di citazione per violazione del termine minimo di comparizione».

(191) Nel senso di attribuire valenza tassativa alle ipotesi elencate si pone la dominante dottrina, la quale, peraltro, interpreta in modo estensivo il concetto di irregolarità della notificazione, nel quale vengono fatte confluire le ipotesi di discrasia del procedimento notificatorio rispetto al modello legale. Fra gli altri v. TRIFONE F. – CARRATO A., *Il procedimento*, cit., p. 265; FRASCA R., *Il procedimento*, cit., p. 470; DI MARZIO M., *Il procedimento*, cit., p. 353 ss.; GIUDICEANDREA N., *Il procedimento*, cit., p. 161 ss., cui si rinvia anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali.

(192) Quest'ultima estensione è avvenuta a seguito di Corte Cost., 18 maggio 1972, n. 89.

convalida si tramuta in un procedimento a cognizione ordinaria, dovendo il giudice proseguire la trattazione nelle forme del rito locatizio (193).

9.5.1. La proponibilità dell'appello avverso l'ordinanza.

Quanto sinora osservato vale a tratteggiare i contorni del procedimento in chiave fisiologica; orbene, i problemi più rilevanti in tema di impugnazione dell'ordinanza di convalida sono stati riscontrati nei casi di sua anomala emanazione, stante l'insussistenza degli specifici presupposti – processuali o sostanziali (194) – per ottenere la pronuncia.

A tal riguardo, è opinione stratificata in giurisprudenza quella per cui, quando il giudice emana ordinanza in assenza delle condizioni richieste, su tutte la comparizione e l'opposizione in udienza dell'intimato, essa, in applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma, risulta «*equiparabile, nella sostanza, ad una sentenza anche ai fini dell'impugnazione*» (195). Tale orientamento si tramanda oramai da decenni inalterato in seno ai giudici di legittimità (196), i quali, come può evincersi dalle numerose pronunce avutesi sul tema, si limitano a richiamare *tout court* la

(193) Ad ulteriore conferma della decisorietà sostanziale dell'ordinanza, va indicato che secondo LANFRANCHI L., *Profili sistematici dei procedimenti decisorii sommari*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1987, p. 88 ss., sussiste una correlazione fra i procedimenti espressione di una tutela sommaria a carattere decisorio e la loro necessaria trasformabilità endoprocedimentale nelle forme di una tutela decisoria non sommaria.

(194) In dottrina è stata effettuata un'ulteriore distinzione fra la categoria – logicamente prioritaria – dei c.d. presupposti sostanziali per accedere al rito e quella dei presupposti processuali per la pronuncia della convalida (SORACE S., *Spunti intorno*, cit., *passim*). Sotto il primo profilo è stato in seguito chiarito che il giudizio di convalida non è ammissibile nei riguardi di rapporti diversi rispetto a quelli espressamente enucleati all'art. 657 c.p.c., come ad esempio per i rapporti di comodato, di contratto di albergo, affittacamere o *residence*, per il *leasing* finanziario puro, ovvero per l'affitto di aziende; inoltre, il procedimento speciale è applicabile purché l'oggetto del giudizio inerisca un bene immobile; infine, tale rito può essere attivato solo a condizione che la richiesta di tutela sia fra quelle contemplate espressamente, quindi tendente all'intimazione di licenza per finita locazione, allo sfratto per finita locazione, ovvero allo sfratto per morosità (così FRASCA R., *Il procedimento per convalida di sfratto*, cit., p. 31 ss.). Viceversa, sotto il secondo profilo, costituiscono presupposti processuali specifici la mancata comparizione od opposizione dell'intimato all'udienza di comparizione fissata per la convalida (così ancora FRASCA R., op. cit., p. 37). In giurisprudenza cfr. Cass. Civ., 20 gennaio 2008, n. 250, in *Mass. Giur. It.*, 2008; Cass. Civ., 30 novembre 1978, n. 5669, in *Mass. Giur. It.*, 1978.

(195) In tal senso Cass. Civ., 23 gennaio 2006, n. 1222; conformi Cass. Civ., 1 settembre 2000, n. 11494; Cass. Civ., 16 maggio 1997 n. 4366; Cass. Civ., 15 maggio 1995, n. 5308; Cass. Civ., 27 aprile 1994, n. 3977; Cass. Civ., 22 marzo 1979, n. 1650; Cass. Civ., 10 maggio 1961, n. 1110, in *Giur. It.*, 1962, I, 1, p. 170; in motivazione v. anche Cass. Civ., 22 settembre 2014, nn. 19866 e 19865. V. anche in motivazione Corte Cost., 26 luglio 1979, n. 94, in *Foro It.*, 1979, I, p. 2293.

(196) In passato, nel senso dell'impugnabilità ex art. 111 Cost., v. Pret. Roma, 4 aprile 1969, in *Temi Romana*, 1970, p. 590.

suddetta regola senza approfondire ulteriormente le eventuali ragioni a sostegno della sua applicabilità anche alle vicende di tale procedimento speciale (197).

Certo è che, perlomeno, in questo specifico contesto il principio della prevalenza della sostanza sulla forma non sortisce gli effetti distorsivi riscontrabili nel processo ordinario di cognizione, stante la trattazione dell'eventuale giudizio a cognizione piena da parte del tribunale in composizione monocratica.

9.5.2. Le criticità dell'impostazione giurisprudenziale in tema di impugnazione dell'ordinanza di convalida abnorme e la possibile teoria ricostruttiva.

Da quanto appena esposto, si può evincere come la giurisprudenza di legittimità, a differenza che nelle altre ipotesi anomale finora prospettate, ritenga di dover utilizzare il principio della prevalenza della sostanza sulla forma per risolvere il dilemma circa l'impugnabilità dell'ordinanza di convalida emessa in carenza dei suoi presupposti (198). Tale conclusione, peraltro, poggia necessariamente sui seguenti concatenati presupposti:

a) la Suprema Corte postula che, salva l'opposizione tardiva *ex art. 668 c.p.c.*, avverso l'ordinanza di sfratto non possa essere esperito alcun mezzo di impugnazione;

b) questa evenienza determina, a dispetto delle altre ipotesi già viste, la necessità di alterare il fisiologico regime giuridico del provvedimento al fine di ottenere l'invalidazione del provvedimento decisorio emanato;

c) l'alterazione di siffatto regime giuridico viene modulata sul principio della prevalenza della sostanza sulla forma, in quanto il giudice avrebbe dovuto in queste ipotesi avviare l'*iter* per l'emanazione di una sentenza resa all'esito del rito locatizio.

(197) Viceversa, come già visto, in dottrina GARBAGNATI E., *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, cit., *passim*, ricostruisce la casistica nei seguenti termini: in ogni ipotesi in cui, per carenza dei presupposti generali o speciali dei presupposti di emanazione dell'ordinanza, si fuoriesce dallo schema entro cui il legislatore consente l'utilizzo di tale procedimento speciale, l'ordinanza emessa è appellabile, in quanto avrebbe dovuto essere emanata una sentenza *ex art. 279 c.p.c.* Infatti, il codice di rito prevede in queste ipotesi il mutamento del rito, con conseguente emanazione di sentenza all'esito del procedimento locatizio.

(198) Il dato muove dal presupposto che il procedimento per la convalida dello sfratto sia a carattere sommario contenzioso, con configurazione, in capo al giudice, di un apposito potere giurisdizionale decisorio, tale per cui il travisamento dei presupposti per la pronuncia non muta indebitamente la natura del potere esercitato.

Orbene, la soluzione prescelta dalla Suprema Corte presta il fianco ad alcune significative ragioni di critica.

Innanzitutto, l'indebita valenza che la giurisprudenza di legittimità attribuisce all'opposizione tardiva (199), la quale non costituisce affatto un mezzo di impugnazione ove possano utilmente confluire le doglianze mosse contro l'ordinanza, in armonia col principio di assorbimento dell'art. 161, co. 1, c.p.c. Infatti, in disparte la considerazione che la tutela ottenibile con tale strumento è oltremodo compressa stante gli stringenti requisiti di accesso al rimedio (200), costituisce rilievo assorbente il fatto che l'opposizione tardiva sia un tipico rimedio impugnatorio a carattere straordinario (201). Ciò si ricava dalla particolare disciplina positiva, che prevede un termine iniziale di impugnazione decorrente dal momento – futuro ed incerto – in cui il conduttore acquisisca effettiva conoscenza dell'avvenuto procedimento, ovvero cessi la sua condizione di impossibilità (202).

Dunque, come tale, essa agisce necessariamente in via parallela ed autonoma rispetto al regime di impugnazione ricavabile avuto riguardo alla natura della tutela elargita con il provvedimento in questione; regime che, in armonia con i rilievi effettuati in precedenza circa la decisorietà e definitività dell'ordinanza (203), sembra potersi correttamente individuare nel ricorso straordinario in cassazione *ex art. 111 Cost.*, alla luce del diritto vivente (204).

(199) Alcun valore può viceversa attribuirsi all'opposizione tempestiva, la quale impedisce l'emanazione del provvedimento e come tale non costituisce un mezzo a carattere impugnatorio.

(200) Alla luce di ciò, potrebbe affermarsi che tale strumento sia attivabile mediante il generale meccanismo della rimessione in termini. Evidente, sotto questo punto di vista, il collegamento con l'istituto previsto all'art. 327, co. 2, c.p.c., per la quale il termine di decadenza semestrale per impugnare la sentenza non si applica «*quando la parte contumace dimostra di non aver avuto conoscenza del processo per nullità della citazione o della notificazione di essa, e per nullità della notificazione degli atti di cui all'art. 292 c.p.c.*».

(201) Sulla tracciata distinzione fra mezzi ordinari e straordinari di impugnazione si rinvia, per tutti, al commento di ANDRIOLI V., *sub art. 323*, in *Codice di procedura civile*, II cit., p. 89 ss. In sintesi, mentre i primi (come ad es. l'appello, il ricorso per cassazione, il regolamento di competenza e la revocazione *ex art. 395*, nn. 4 e 5, c.p.c.) sono rimedi volti ad impedire la formazione della cosa giudicata in senso formale, i secondi (come ad es. la revocazione *ex art. 395*, nn. 1, 2, 3 e 6, c.p.c. e l'opposizione di terzo) possono proporsi a prescindere da questa evenienza.

(202) Nel senso di ritenere l'opposizione tardiva *ex art. 668 c.p.c.* un mezzo di impugnazione straordinario TARZIA G., *Profili*, cit., p. 78; MANDRIOLI C., *L'assorbimento*, cit., p. 156 ss.; ID., *Sull'impugnazione dell'ordinanza di convalida di licenza o sfratto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1968, p. 34 ss.

(203) Il testo è stato trattato poc'anzi nel testo.

(204) Certo è che l'orientamento giurisprudenziale, negando la ricorribilità per cassazione dell'ordinanza *de qua*, sortisce l'effetto di limitare l'eccessivo contenzioso di legittimità. In argomento TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 219. Ad ogni modo, si ritiene che questa esigenza pratica non possa in alcun modo influire sulla determinazione del corretto regime giuridico del provvedimento alla luce del sistema processuale vigente. Il problema potrebbe semmai essere un altro, a monte: l'estensione

Ed infatti, vista la struttura contenziosa del procedimento, al giudice compete di verificare d'ufficio la sussistenza dei presupposti processuali generali, nonché specifici, del rito, con conseguente potere in capo all'intimato di impugnare l'ordinanza ritenuta affetta da *errores in procedendo*; oltretutto, il raggio di applicazione dell'art. 111 Cost. sembra idoneo a coprire anche i casi in cui l'ordinanza, seppur validamente emanata, presenti determinati *errores in iudicando*, come ad esempio il mancato rispetto da parte del giudice dei termini dilatori previsti dal contratto per le ipotesi di sfratto (205).

Ciò chiarito, risulta agevole comprendere l'impossibilità di applicare il principio di prevalenza della sostanza sulla forma per la risoluzione dei casi in cui l'ordinanza venga emanata, ad esempio, nonostante la comparizione e l'opposizione dell'intimato all'udienza.

Infatti, a tal riguardo, non c'è motivo per variare l'impostazione discendente dai principi generali ricavati e già fatti propri dalla giurisprudenza di legittimità negli altri procedimenti analizzati: l'anomalia del provvedimento giurisdizionale, per quanto gravosa, non altera il fisiologico regime giuridico della decisione, salvi i casi di inesistenza giuridica, nei quali alla parte compete – inoltre – la possibilità di far valere in ogni tempo il vizio; regime che, come appunto è stato già osservato, va individuato nella proponibilità di un ricorso per cassazione ex art. 111 Cost.

A riprova di ciò, può osservarsi come in effetti, la forma dell'ordinanza, scelta dal giudice per convalidare lo sfratto nonostante l'opposizione dell'intimato, risulti perfettamente coerente in relazione ai presupposti accertati: il problema risiede piuttosto nel loro travisamento, che dovrà in tesi essere dimostrato dal soggetto impugnante (206). Al contrario, condizione applicativa del principio della prevalenza della sostanza sulla forma è che il giudice abbia scelto una forma provvedimentale incoerente rispetto all'accertamento condotto nel corpo dell'atto stesso.

di tale impugnazione avverso i provvedimenti a carattere decisorio e definitivo è legittimata nel sistema unicamente in base all'interpretazione fornita dalla Suprema Corte; nulla, dunque, impedirebbe alla giurisprudenza di variare l'approccio alla problematica, salva la configurabilità di una disparità di trattamento costituzionalmente rilevante ravvisabile nelle disposizioni di rango ordinario nella parte in cui non consentono il controllo – almeno di legittimità – avverso ogni provvedimento decisorio e definitivo emanato nel corso di procedimenti a carattere contenzioso.

(205) In tal senso GARBAGNATI E., *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, cit., in revisione di una precedente opinione espressa in ID., *Ancora in tema di appello*, cit., *passim*.

(206) Cfr. FASANO A., *Sulla opposizione immotivata del conduttore nel procedimento per convalida di licenza*, in *Giur. It.*, 1951, IV, p. 138.

Oltretutto, approfondendo il livello di indagine, risulta evidente che nelle ipotesi in analisi è esclusa in radice la configurabilità di un errore del giudice nella scelta della forma di esternazione della propria statuizione, in quanto nel procedimento di convalida non c'è alcuna alternativa fra ordinanza e sentenza. L'alternativa si pone piuttosto fra l'emanazione dell'ordinanza e la prosecuzione *ex novo* del giudizio nelle forme di una cognizione piena; evenienza, questa, che esclude anche la possibilità di applicare il rimodulato principio della prevalenza del regime giuridico astrattamente previsto per legge, stante l'eccessività del salto logico, ancor prima che giuridico, nel trattare l'ordinanza viziata alla stregua di una sentenza, emanabile solo all'esito di un differente procedimento (207).

In altri termini visuali, mentre l'applicazione di tale regola agli errori verificatisi nel corso del processo ordinario di cognizione è il risultato di un immediato giudizio diagnostico ed *ex post* sull'operato del giudice, che ad esempio aveva deciso con ordinanza in luogo di sentenza, ivi la sua applicazione si tramuterebbe in un'indiretta valutazione prognostica ed *ex ante*. Infatti, nel campo del procedimento di convalida, la prescrizione astratta imponeva unicamente al giudice di disporre il mutamento del rito (208).

In definitiva, dunque, in linea con i principi finora individuati, l'eventuale anomalia dell'ordinanza deve trovare argine in virtù della regola generale dell'art. 161, co. 1, c.p.c., la quale impone – anche in questi casi – di impugnare il provvedimento mediante ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111 Cost.*, al fine di ottenere un rinvio restitutorio al giudice di merito affinché possa ritualmente decidere la causa nelle forme del rito locatizio (209).

(207) Su cui GARBAGNATI E., *Sull'appellabilità*, cit., *passim*; cfr. anche ANSANELLI V., *Appellabilità dell'ordinanza di convalida di sfratto illegittimamente emessa*, in *Giur. It.*, 2001, p. 1384. Ciò, peraltro, senza considerare le possibili vicende anomale che si potrebbero frapponere fra l'avvio del procedimento e la sua fisiologica conclusione mediante sentenza (come la sospensione, l'interruzione, o addirittura la sua definitiva estinzione).

(208) Sembra dunque corretto ritenere che al giudice sia inibita la possibilità di pronunciarsi ulteriormente. In giurisprudenza, ad esempio, è stata negata la possibilità per il giudice della convalida di emanare ordinanza sulla propria competenza (Cass. Civ., 9 agosto 1988, n. 4896).

(209) Tale soluzione, sebbene sorretta da autonome argomentazioni giuridiche, collima con quella individuata dai sostenitori del principio della prevalenza della forma concretamente assunta dal provvedimento, fra cui v. SORACE S., *Spunti intorno*, cit., p. 1699; MANDRIOLI C., *L'assorbimento dell'azione civile di nullità*, cit., 76 ss.; nonché, alla luce dell'evoluzione del diritto vivente, anche l'ipotetica rilettura dell'opinione in passato espressa da TARZIA G., *Profili*, cit., p. 156.

Peraltro, diversamente opinando, ovvero postulando per assurdo la fisiologica matrice non contenziosa del procedimento *de quo*, e dunque attribuendo all'ordinanza di convalida valore di provvedimento meramente omologativo della volontà delle parti, per il medesimo principio della non trasformabilità della natura del potere giurisdizionale astrattamente affidato al giudice, ne deriverebbe semmai che le eventuali anomalie potranno essere fatte valere in ogni tempo, anche in sede di opposizione all'esecuzione; ma giammai con l'appello (210).

9.6. Nel procedimento divisorio.

Il procedimento per lo scioglimento delle comunioni, specificamente disciplinato agli artt. 784 ss. c.p.c., risulta propedeutico all'attuazione del diritto, in capo ad ogni partecipante, di ottenere per via giurisdizionale la divisione dei beni in comproprietà (211).

La scansione strutturale del giudizio divisorio è stata quadripartita dal legislatore, il quale ha previsto le seguenti fasi: determinazione del diritto alla divisione (art. 785 c.p.c.); quantificazione delle quote di proprietà attraverso le operazioni tecniche di ripartizione del patrimonio comune, comprendenti l'eventualità della vendita (artt. 787 e 788 c.p.c.); discussione ed approvazione del progetto di divisione (art. 789 c.p.c.); estrazione a sorte dei lotti (art. 195 disp. att. c.p.c.).

(210) Viceversa, qualora la situazione anomala si dovesse verificare dopo l'instaurazione del giudizio locatizio a seguito dell'opposizione, allora risulta corretto considerare l'ordinanza emanata in luogo di sentenza alla stregua di una decisione appellabile, per il principio della prevalenza della prescrizione astratta di legge sull'operato concreto del giudice. Viceversa, sembra errare Cass. Civ., 3 dicembre 2009, n. 25393, la quale, in ambito di sanatoria dello sfratto per morosità, considera ammissibile l'appello avverso un'ordinanza di estinzione del giudizio di convalida sul presupposto che la parte era interessata alla sua prosecuzione per aver proposto domanda riconvenzionale; infatti, in questo caso, non essendo stata disposta la prosecuzione del giudizio nelle forme del rito locatizio, il provvedimento emanato poteva impugnarsi solamente mediante ricorso per cassazione ex art. 111 Cost., al fine di ottenere la cassazione con rinvio restitutorio al giudice del merito per la trattazione della domanda proposta.

(211) Per una bibliografia di riferimento sul tema, oltre agli A. citati nel corso della trattazione della specifica tematica, v. sin d'ora DI COLA L., *L'oggetto del giudizio di divisione*, Milano, 2011; MORA A., *La divisione giudiziale*, in *Trattato dei diritti delle successioni e donazioni*, diretto da BONILINI G., IV, Milano, 2009, p. 255; RIPEPI C., voce *Procedimento divisorio*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 636; TOMEI G., voce *Divisione III) Divisione giudiziale*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989, p. 1; PAVANINI G., voce *Divisione giudiziale*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 1; COSTA S., voce *Divisorio (giudizio)*, in *N.s.simo Dig. It.*, VI, Torino, 1960, p. 59; ANDOLINA I., *Note sull'oggetto del giudizio divisorio*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1960, II, p. 589.

Nello specifico, ogni fase prevede un bivio: qualora non sorgano contestazioni fra le parti, l'anello di congiunzione fra di esse è costituito da un'ordinanza non impugnabile del giudice istruttore; altrimenti, in presenza di contestazioni, la questione controversa dovrà decidersi previa trattazione, con conseguente emanazione di sentenza appellabile (212).

Per esemplificare il discorso, si limiterà l'analisi alla fattispecie dell'art. 789, co. 3, c.p.c., espressione del meccanismo di impulso tipico del giudizio di scioglimento delle comunioni (213): stando a tale disposto, qualora avverso il progetto di divisione redatto dal giudice istruttore non vengano avanzate contestazioni da parte dei comunisti, questi dispone con ordinanza, espressamente dichiarata non impugnabile, la sua esecutività; viceversa, nel caso in cui alcuno dei litisconsorti dovesse avanzare specifiche riserve, il giudice istruttore è onerato ad istruire la causa *ex art.* 187 c.p.c.

La peculiare conformazione di tale giudizio ha nel tempo ispirato variegata impostazioni, anzitutto dottrinali, inerenti il tema della tutela che il procedimento per lo scioglimento delle comunioni è idoneo ad elargire, la quale, inevitabilmente, riflette i suoi effetti sulla natura dei singoli provvedimenti emanabili dal giudice istruttore. A tal proposito, si possono circoscrivere tre distinte impostazioni.

Stando ad una prima opinione, il giudizio divisorio va ricondotto entro il raggio dei procedimenti a carattere giurisdizional-volontario: sotto questo punto di vista, al giudice viene riconosciuto un mero potere omologativo della volontà delle parti, ricavabile per implicito attraverso il meccanismo processuale della non contestazione (214).

Per una seconda impostazione, la struttura del giudizio rivela la sua idoneità al giudicato, in quanto espressione di una cognizione contenziosa sommaria; infatti, in linea con gli sviluppi normativi sul principio di non contestazione inteso come deroga

(212) Sinteticamente v. DI COLA L., voce *Giudizio di divisione*, in www.treccani.it. Secondo MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, III, cit., p. 176, l'oggetto del giudizio di scioglimento delle comunioni «è, almeno tendenzialmente, duplice: l'accertamento del diritto che ha ogni partecipante alla comunione, allo scioglimento della comunione stessa, e (...) l'attuazione di quel diritto».

(213) Di seguito il testo dell'art. 789, co. 3, c.p.c.: «se non sorgono contestazioni, il giudice istruttore, con ordinanza non impugnabile, dichiara esecutivo il progetto [di divisione da lui redatto], altrimenti provvede a norma dell'articolo 187».

(214) In tal senso FAZZALARI E., voce *Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 368; CARNELUTTI F., *Meditazioni sul processo divisorio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1947, II, p. 22 ss.; PAVANINI G., *Natura dei giudizi divisorii*, Padova, 1942, p. 123.

all'onere della prova (215), si ricava che tale meccanismo, invero, «*ha il solo scopo, tipicamente processuale, di accelerare la soluzione della lite*» (216).

Infine, per una tesi che può definirsi intermedia, l'ordinanza assume il carattere di un provvedimento giurisdizionale definitivo ma non decisorio, in quanto «*l'assenza di contestazioni, che costituisce il presupposto dell'ordinanza in discorso, non è un negozio ma semplicemente, appunto, il presupposto di un provvedimento che, in correlazione col fatto che non decide su un diritto, è strutturato con forme non idonee al giudicato*» (217).

(215) Sul principio di non contestazione nel processo civile v. principalmente i contributi di CARRATTA A., *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995; ID., *A proposito dell'onere di «prendere posizione»*, in *Giur. It.*, 1997, p. 151; ID., *Principio della non contestazione e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili*, in *Fam. Dir.*, 2010, p. 571; ID., *Principio della non contestazione e art. 115 c.p.c.*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani*, Roma, 2012, p. 630. Inoltre, per un'ulteriore bibliografia di riferimento, anche alla luce degli sviluppi normativi e giurisprudenziali, cfr. FRUS G., *Il principio di non contestazione fra innovazioni normative, interpretazioni dottrinali e applicazioni giurisprudenziali*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2015, p. 65; nonché ancora, in generale, ATTERITANO A., *Note minime in tema di onere della contestazione e tecniche di accelerazione del processo*, in www.judicium.it; BALENA G., *Onere di contestazione delle avverse allegazioni*, in *Guida al diritto*, 2009, 27, p. 110; BUFFONE G., *Il fatto non specificamente contestato, è provato*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2009, p. 2506; CENTOFANTI F., *Conseguenze della mancata contestazione da parte del convenuto dei fatti dedotti dall'attore*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, p. 812; CEA C. M., *Trattazione e istruzione nel processo civile*, Napoli, 2012, *passim*; DE VITA F., voce *Non contestazione (principio di)*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ., Agg.*, Torino, 2010, p. 832; ID., *Onere di contestazione e modelli processuali*, Roma, 2012; FESTI F., *Riflessioni sul principio di non contestazione nel processo civile*, in *Giur. It.*, 2011, p. 242; IANNIRUBERTO G., *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giust. Civ.*, 2010, p. 309; MAERO G., *Il principio di non contestazione prima e dopo la riforma*, in *Il Giusto Proc. Civ.*, 2010, p. 455; PACILLI M., *Osservazioni sul principio di non contestazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2011, p. 299; MOCCI M., *Principio del contraddittorio e non contestazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, p. 316; SASSANI B., *L'onere della contestazione*, in *Il Giusto Proc. Civ.*, 2010, p. 401; TEDOLDI A., *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, p. 76; in precedenza DEL CORE S., *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. Civ.*, 2004, II, p. 111; PROTO PISANI A., *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro It.*, 2003, I, p. 604; FABIANI M., *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, in *Corr. Giur.*, 2003, p. 1342; CIACCIA CAVALLARI B., *La contestazione nel processo civile*, I, Milano, 1992.

(216) Così CARRATTA A., *Il principio della non contestazione*, cit., p. 421; in tal senso anche ALLORIO E., *Giudizio divisorio e sentenza parziale con pluralità di parti*, in *Giur. It.*, 1946, I, 1, p. 79 ss.; ID., *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1948, p. 488; LANFRANCHI L., *La verifica del passivo nel fallimento. Contributo allo studio dei procedimenti sommari*, Milano, 1979, pp. 190 – 191; DI COLA L., *L'oggetto del giudizio di divisione*, cit., p. 432, per la quale «*da questa ordinanza scaturisce un nuovo diritto a conclusione di un processo che ha carattere contenzioso, perciò è naturale che ad essa non possa essere che riconosciuto carattere decisorio*»; cfr. in argomento anche AZZARITI G., *Natura processuale e non negoziale dell'ordinanza di esecutorietà del progetto di divisione non impugnabile*, in *Giust. Civ.*, 1987, p. 1390.

(217) MANDRIOLI C., *Sui rimedi contro l'ordinanza che approva il progetto divisionale pronunciata senza i presupposti di legge*, in *Giur. It.*, 1982, I, 1, p. 1513 ss.; MINOLI E., *Contributo alla teoria del giudizio divisorio*, Milano, 1950, p. 119; per BALENA G., *Provvedimenti sommari esecutivi e garanzie costituzionali*, in *Foro It.*, 1998, I, p. 1546, tali provvedimenti possono essere sempre modificati e revocati dal giudice istruttore; infine, stando all'impostazione di SATTA S., *Sulla natura giuridica del*

Venendo ora alle varie impostazioni ricavabili in giurisprudenza, può anzitutto affermarsi che un primo orientamento aderisce alla teoria contrattuale: la funzione dell'ordinanza *ex art. 789 c.p.c.*, di riflesso, sarebbe quella di conferire efficacia all'intervenuto «*contratto divisionale*» (218).

Viceversa, un secondo indirizzo – originariamente minoritario (219) – risulta a favore della natura giurisdizionale della statuizione, in quanto basata sull'operatività di un meccanismo processuale e non già espressione della volontà negoziale delle parti; ad ogni modo, in considerazione dell'assenza di una lite processuale, si ritiene che l'ordinanza sia sfornita di natura decisoria, avendo piuttosto il compito di chiudere una fase del processo (220).

Dunque, a prescindere dalle premesse poste a base del ragionamento, risulta unanime la convergenza giurisprudenziale circa la non decisorietà dell'ordinanza e, dunque, la sua inoppugnabilità per cassazione *ex art. 111 Cost.*, laddove pronunciata in presenza delle condizioni prescritte dalla legge (221).

processo di divisione, in *Foro It.*, 1947, p. 356, il giudizio sarebbe preordinato alla realizzazione di diritti potestativi.

(218) Così Cass. Civ., 15 novembre 1986, n. 6747; v. altresì Cass. Civ., 2 agosto 1990, n. 7751, per cui si tratterebbe di un «*semplice attestazione della ricorrenza dell'intesa intervenuta*», o, ancora, Cass. Civ., 2 agosto 1990, n. 7708, che definisce la fattispecie alla stregua di un «*regolamento negoziale divisionale*». Più distesamente, per Cass. Civ., 27 luglio 1987, n. 6491: «*il giudice istruttore ai sensi dell'art. 789 cpc. dichiarava esecutivo il progetto di divisione non ha natura decisoria ma si limita a dare atto dell'avvenuto accordo delle parti sul modo di sciogliere la comunione. Contro tale provvedimento parlato non è ammesso il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 cost., che presuppone la esistenza di una sentenza da impugnare*». Sostanzialmente conformi: Cass. Civ., 4 gennaio 1969, n. 7; Cass. Civ., 9 ottobre 1975, n. 3200; Cass. Civ., 26 marzo 1981, n. 1779; Cass. Civ., 4 maggio 1982, n. 2737, in *Giur. It.*, 1982, I, 1, p. 1518; Cass. Civ., 25 gennaio 1983, n. 695; Cass. Civ., 11 febbraio 1987, n. 1496; Cass. Civ., 27 luglio 1987, n. 6481; Cass. Civ., 20 febbraio 1988, n. 1778; Cass. Civ., 9 febbraio 1973, n. 391; Cass. Civ., 5 febbraio 1980, n. 834; Cass. Civ., 15 luglio 1968, n. 2544; Cass. Civ., 1 agosto 1990, n. 7708; Cass. Civ., 20 ottobre 1999, n. 11754.

(219) Il principio, con il passare del tempo, è diventato consolidato: più di recente, Cass. Civ., 19 novembre 2008, n. 27523, afferma in materia di impugnazione dell'ordinanza emanata *ex art. 785 c.p.c.* che «*il provvedimento impugnato (...) è infatti privo del carattere della decisorietà avendo una chiara natura ordinatoria*».

(220) Cass. Civ., 4 aprile 1987, n. 3262, in *Giust. Civ.*, 1987, I, p. 1390: «*il progetto predisposto e depositato dal g.i., e su cui non siano sorte contestazioni, non ha un fondamento sulla base del reciproco consenso dei conviventi, e la ordinanza di esecutorietà non vale come omologazione di tale accordo*»; conformi Cass. Civ., n. 2317 del 1995; Cass. Civ., 6 marzo 1980, n. 1521, in *Mass. Giur. It.*, 1980, p. 3; Cass. Civ., n. 289 del 1978.

(221) Infatti, sia le pronunce a favore della natura contrattuale dell'ordinanza, sia quelle fautrici della sua valenza processuale, concordano sull'inoppugnabilità dell'ordinanza emanata in assenza di contestazione delle parti. Per la prima impostazione v. Cass. Civ., 17 dicembre 2004, n. 23464, in *Dir. e Giust.*, 2005, 2, p. 25: «*il provvedimento ex art. 789, comma 3, c.p.c. con cui il giudice istruttore, in difetto di contestazioni, dichiara esecutivo il progetto divisionale predisposto in corso di causa (...) non è impugnabile con ricorso per cassazione ex art. 111 cost.*»; per la seconda cfr. Cass. Civ., 5 maggio 2003, n. 6838, per cui «*in tema di divisione ereditaria, il decreto con il quale il giudice istruttore approvi il verbale di estrazione e di consequenziale attribuzione delle quote non ha (...) contenuto decisorio, e non*

Peraltro, questa non decisorietà dell'ordinanza veniva poggiata sulla mancanza in assoluto di *potestas decidendi* in capo al giudice procedente, posta l'originaria attribuzione collegiale della materia (222).

Ciò chiarito in via preliminare, l'evenienza patologica rilevante ai fini della presente trattazione si realizza quando il giudice emana ordinanza nonostante la presenza di contestazioni: in tal caso, infatti, il provvedimento emanato in carenza dei presupposti pone rilevanti problematiche in relazione alla possibilità di una sua invalidazione (223).

Orbene, se da un lato *nulla quaestio* circa l'opportunità di escogitare un modo per impugnare l'ordinanza, dall'altro divampano i dibattiti sull'identificazione del corretto rimedio giuridico: sono state infatti sostenute sia le ragioni del ricorso straordinario in cassazione, sia quelle dell'*actio nullitatis*, nonché, da ultimo, del giudizio di appello.

L'analisi proseguirà dunque illustrando le varie impostazioni registratesi; ciò avverrà prendendo a modello l'ordinanza *ex art. 789, co. 3, c.p.c.*, ma ad ogni modo le conclusioni che si raggiungeranno possono indistintamente applicarsi ad ogni ipotesi di emanazione di ordinanza all'interno del giudizio divisorio.

9.6.1. La proponibilità del ricorso straordinario *ex art. 111 Cost.* avverso l'ordinanza.

Nel caso di pronuncia dell'ordinanza *ex art. 789, co. 3, c.p.c.*, in presenza di contestazioni, la giurisprudenza storicamente maggioritaria ha concesso ampia rilevanza alle implicazioni patologiche del vizio. Infatti, nonostante la carenza in astratto di decisorietà del provvedimento, secondo l'ottica giurisprudenziale questa connotazione verrebbe meno in concreto quando esso, *«per la sua anomalia inquadrabile nel sistema,*

è, pertanto, impugnabile con ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111 Cost.*» (emanata nell'ambito dell'omologa fattispecie dell'approvazione del verbale di estrazione ed attribuzione delle quote in assenza di contestazione fra le parti).

(222) In argomento Cass. Civ., 5 maggio 2003, n. 6838.

(223) Per TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 227: «tale ordinanza è anomala – *abnorme* quando pronunciata in presenza di contestazioni (...); l'anomalia si realizza per essere la decisione resa con ordinanza del giudice istruttore».

finisce per avere il contenuto di un provvedimento decisorio abnorme, come tale impugnabile per Cassazione a norma dell'art. 111 Cost.» (224).

Dunque, stando a questa prospettiva, si assisterebbe ad una metamorfosi della natura della statuizione, la quale, a ben vedere, altro non è che il riflesso del mutamento cui andrebbe incontro il potere giurisdizionale astrattamente attribuito al giudice in materia di giudizio divisorio, nel senso della sua sopravvenuta decisorietà nonché vincolatività (225).

La medesima impostazione, poi, è stata talvolta adottata nei confronti dell'ordinanza *ex art. 789 c.p.c.* emessa in difetto del contraddittorio per omessa comunicazione della data dell'udienza ad alcuno dei comunisti (226), pur se già dichiarati contumaci in sede di scioglimento della comproprietà *ex art. 785 c.p.c.* (227).

9.6.2. La proponibilità dell'*actio nullitatis* avverso l'ordinanza.

(224) Così ad es. Cass. Civ., 4 maggio 1982, cit., p. 1514; conformi Cass. Civ., 28 settembre 2006, n. 21064; Cass. Civ., n. 14575 del 2004; Cass. Civ., 12 febbraio 2000, n. 1572; Cass. Civ., 7 marzo 1996, n. 1818; Cass. Civ., 13 giugno 1995, n. 4273; Cass. Civ., 9 luglio 1980, n. 4375; Cass. Civ., 2 agosto 1990, n. 7751; Cass. Civ., 7 maggio 1991, n. 5014; Cass. Civ., 24 maggio 1990, n. 4699; Cass. Civ., 3 settembre 1993, n. 9305; Cass. Civ., 27 maggio 2011, n. 11853; in motivazione anche Cass. Civ., 28 giugno 2011, n. 14331; Cass. Civ., 11 maggio 2009, n. 10798; Cass. Civ., 30 dicembre 2009, n. 28168. Come si vedrà, invece, a partire dalla pronuncia a sezioni unite avutasi nel 2012 la giurisprudenza sostiene in maniera univoca la proponibilità dell'appello.

(225) Per TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 223: «*l'accesso in cassazione è qui frutto di una doppia congiuntura: da un lato, la divergenza rispetto allo schema legale trasforma il provvedimento, attribuendogli un carattere decisorio che non avrebbe, ove fisiologicamente pronunciato (...); dall'altro, la concreta decisorietà che consegue all'abnormità impone di reperire uno strumento di doglianza avverso il provvedimento stesso, il quale, in mancanza di previsione ex lege, sta nella garanzia residuale dell'art. 111, settimo comma, Cost.*». Chiarisce DI COLA L., *Sull'impugnazione dei provvedimenti pronunciabili nel negozio di divisione: novità nella giurisprudenza della cassazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2011, 2, p. 618, che «*a tale conclusione si è giunti facendo leva sia sulla natura decisoria del provvedimento in questione, (...) sia sull'abnormità dello stesso, in quanto emesso dal giudice istruttore in una situazione di difetto di attribuzione*».

(226) In tal senso Cass. Civ., 30 luglio 2004, n. 14575; Cass. Civ., 10 maggio 2002, n. 6696; Cass. Civ., 22 gennaio 2004, n. 1018; Cass. Civ., 7 marzo 1996, n. 1818; Cass. Civ., 4 aprile 1997, n. 2913; Cass. Civ., 7 marzo 1996, n. 1818, cit. In senso contrario v. Cass. Civ., 1 marzo 1995, n. 2317, cit. In dottrina v. in senso critico CARBONE E., *È ricorribile l'ordinanza che dichiara esecutivo il progetto divisionale?*, in *Corr. Giur.*, 1995, p. 450; sul tema cfr. anche TRIOLA R., *Sull'impugnabilità dell'ordinanza che dichiara esecutivo il progetto di divisione*, in *Giust. Civ.*, 1995, p. 1471; nonché ampiamente LOMBARDI R., *Contributo allo studio del giudizio divisorio. Provvedimenti e regime di impugnazione*, Napoli, 2009, spec. p. 230 ss.

(227) Sotto questo punto di vista, Corte Cost., 29 ottobre 2009, n. 279, la quale, sul presupposto che l'ordinanza *ex art. 789 c.p.c.* sia un «*provvedimento che, anche qualora non se ne volesse ammettere il carattere decisorio (questione dibattuta in giurisprudenza), incide su diritti soggettivi in via definitiva e dunque pone la necessità di garantire il contraddittorio (art. 111 Cost.) e il diritto di difesa (art. 24 Cost.)*», il dettato dell'art. 292 c.p.c. deve essere integrato anche comprendendo la comunicazione del decreto che fissa l'udienza per la predisposizione del progetto di divisione.

Nel corso del tempo, nonostante fosse chiara l'impostazione dominante della Suprema Corte, non sono mancati tentativi volti ad estendere l'esperibilità dell'*actio nullitatis*, ovvero un'autonoma azione di annullamento, nei confronti dell'ordinanza ex art. 789, co. 3, c.p.c., pronunciata in assenza dei relativi presupposti (228).

Peraltro, preme in questa sede evidenziare, a differenza di quanto emerso nel paragrafo precedente, l'intrinseca linearità delle considerazioni giurisprudenziali: infatti, partendo dal principio che l'errore del giudice non consente la trasformazione del tipo di cognizione specificamente attribuitagli, nonché posta la natura omologativa dell'ordinanza, è stato affermato come essa non possa mai produrre «*effetti sostanziali e processuali vincolanti*» (229).

Peraltro, non sono mancate argomentazioni effettuate a pretesa riprova delle soluzioni prescelte: è stato infatti aggiunto che alcuna idoneità al giudicato può conseguire da una statuizione emanata dal giudice istruttore in un procedimento a cognizione collegiale, in quanto soggetto assolutamente carente del potere giurisdizionale decisorio (230).

Ad ogni modo, si segnala fin d'ora che, in disparte l'erroneità di tale rilievo per le ragioni già viste in precedenza (231), tale osservazione ha ormai perso definitivamente vigore, vista la riconduzione del giudizio divisorio entro l'ambito dei procedimenti attribuiti alla cognizione del tribunale in composizione monocratica.

(228) In dottrina RIVA M., *Rapporti tra esecuzione su beni indivisi e giudizio divisorio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1988, p. 1183; MANDRIOLI C., *Sui rimedi contro l'ordinanza che approva il progetto divisionale pronunciata senza i presupposti di legge*, in *Giur. It.*, 1982, I, 1, p. 1513, il quale specifica anche che avverso l'ordinanza rimane sempre possibile l'opposizione in sede esecutiva.

(229) Così Cass. Civ., 10 giugno 2004, n. 10995, per la quale «*il difetto dei presupposti richiesti per l'emanazione dell'ordinanza non si risolve in un semplice vizio processuale, costituito dalla violazione dei precetti che impongono al giudice istruttore di procedere secondo le regole generali e particolari del rito e di rimettere la causa al collegio ai sensi dell'art. 187 C.P.C. in caso di contestazioni, ma nell'emanazione d'un provvedimento abnorme in quanto adottato al di fuori dello schema dell'art. 789 C.P.C., e tuttavia neppure siffatta abnormità potrebbe attribuire al detto provvedimento quel carattere di decisorietà che per definizione non può avere, in quanto il giudice che l'ha emesso è privo del relativo potere questo essendo anzi espressamente devoluto dall'ordinamento ad un diverso giudice, dacché il concetto d'abnormità d'un provvedimento giurisdizionale non coincide con quello di decisorietà dello stesso ed un provvedimento anomalo non è necessariamente anche decisorio. Esso è, peraltro, comunque un provvedimento inesistente, in quanto emesso in totale carenza di potere, e contro di esso è, pertanto, esperibile l'actio nullitatis*»; cfr. anche Cass. Civ., 4 maggio 1982, n. 2737, in *Giur. It.*, 1982, I, 1, p. 1518; Cass. Civ., 1 marzo 1995, n. 2317, in *Corr. Mer.*, 1995, p. 444; nonché in motivazione Cass. Civ., 4 aprile 1997, n. 2913.

(230) In argomento Cass. Civ., 10 giugno 2004, cit.

(231) Su tutti *retro* Cap. IV, Sez. II, p. 246.

Evenienza, quest'ultima, valutata in seguito dalla Suprema Corte a sezioni unite come determinante ai fini della possibilità di appellare l'ordinanza ex art. 789, co. 3, c.p.c., emessa in violazione dei presupposti di legge.

9.6.3. La proponibilità dell'appello avverso l'ordinanza.

Come appena accennato, l'introduzione tramite d.lgs. 51/1998 del giudice unico, nonché la conseguente sottrazione del giudizio divisorio alla riserva di collegialità ex art. 50 *bis* c.p.c., ha creato in giurisprudenza la seguente onda d'urto: l'ordinanza pronunciata in presenza di contestazioni, essendo emanata da un organo «*avente in ogni caso potere decisorio, diverge dalla (dovuta) sentenza solo per la forma*» (232), venendo di converso meno quel connotato di abnormità che rendeva esperibile il ricorso straordinario ex art. 111 Cost., in favore della possibilità di appellare il provvedimento (233).

In altri termini, tenuto conto che, in caso di contestazioni, il procedimento dovrebbe concludersi con sentenza appellabile da parte dello stesso giudice, l'ordinanza erroneamente emessa dal giudice istruttore solo formalmente è tale, mentre

(232) Così Cass. Civ., 22 febbraio 2010, n. 4245. Nello stesso senso Cass. Civ., n. 23840 del 2010; Cass. Civ., 4 aprile 2011, n. 7665; Cass. Civ., 8 novembre 2010, n. 22663. Peraltro, tale orientamento si era affacciato in giurisprudenza prima dell'introduzione della figura del giudice unico; infatti, per Cass. Civ., 4 aprile 1997, n. 2913, «*il problema va affrontato distinguendo dagli altri, il caso in cui il G.I., in presenza di contestazioni, invece di rimettere la causa al collegio, come prescritto dal terzo comma dell'art. 789 c.p.c., si pronuncia su di esse. In tale ipotesi, nella quale il G.I. pronunciandosi sul contrasto delle parti viene a dar vita ad un progetto diverso da quello predisposto, nel senso che è la decisione del giudice che prende il posto di quello, l'ordinanza ex art. 789 c.p.c., viene ad assumere natura di sentenza ed in quanto tale non può che essere impugnata con i normali mezzi di impugnazione (appello ecc.)*». Da questa situazione, la Suprema Corte scinde il caso in cui le contestazioni non vengano esaminate o i condidenti contumaci non siano stati avvertiti dell'udienza di discussione: per essi l'ordinanza del giudice istruttore «*non costituisce un provvedimento idoneo a passare in giudicato*», rimanendo sempre invalidabile mediante *actio nullitatis*. Ad ogni modo, sul secondo *dictum* dissente la pronuncia a sezioni unite avutasi con Cass. Civ., 2 ottobre 2012, n. 16727. Infine, va segnalata anche Cass. Civ., 28 luglio 1965, n. 1801, in *Giust. Civ.*, 1966, I, p. 102, già a favore delle ragioni dell'appello avverso l'ordinanza anomala.

(233) Cfr. ancora Cass. Civ., 22 febbraio 2010, n. 4245, per cui «*la fattispecie processuale non può più dirsi caratterizzata da carenza assoluta di potere del giudice istruttore, ma individua unicamente un provvedimento reso in mancanza delle condizioni di legge*». Tale emancipazione giurisprudenziale, peraltro, parrebbe rappresentare l'evoluzione del filone minoritario favorevole all'esperibilità dell'*actio nullitatis* sul presupposto dell'assenza dei poteri decisorii in capo al giudice istruttore, non già di quello maggioritario che, viceversa, ne prescindeva considerando parimenti decisorio il provvedimento.

«sostanzialmente corrisponde ad una sentenza resa all'esito dell'istruzione piena» (234).

Tale indirizzo, prescelto dalle sezioni unite della Suprema Corte nel 2012, costituisce attualmente la soluzione univoca fornita in giurisprudenza per la risoluzione delle problematiche *de quibus* (235), analogamente a quanto avviene in materia di convalida di sfratto (236). Peraltro, pur con motivazioni alquanto generiche e poco incisive (237), le medesime sezioni unite hanno osservato che le ragioni della prevalenza della sostanza sulla forma avrebbero potuto a rigor di logica percorrersi già prima dell'attribuzione monocratica della cognizione (238).

Ed infatti, può meglio evidenziarsi a tal proposito come non sia l'attribuzione di un'astratta *potestas iudicandi* in capo al giudice istruttore a favorire le ragioni dell'appello (239); infatti, anche quando egli pretende di decidere indebitamente la causa sostituendosi all'organo collegiale, pone in essere uno sviamento di potere

(234) TISCINI R., *Il ricorso straordinario*, cit., p. 228. A favore dell'appello anche CARRATTA A., *Il principio della non contestazione*, cit., p. 424.

(235) Cass. Civ., 2 ottobre 2012, n. 16727, in *Foro It.*, 2013, I, p. 210. Peraltro, siccome l'impugnabilità dell'ordinanza illegittima con ricorso straordinario discendeva da una consolidata giurisprudenza maggioritaria, la Suprema Corte ritiene che l'inversione di orientamento rende l'errore della parte del tutto incolpevole, e dunque scusabile, con conseguente esame del ricorso nel merito; implicitamente a sostegno delle ragioni dell'appello anche l'ordinanza di rimessione, ovvero Cass. Civ., 22 giugno 2011, n. 13701. Conformi in seguito, fra le tante, Cass. Civ., 15 novembre 2013, n. 25782; Cass. Civ., 27 giugno 2013, n. 16209; Cass. Civ., 16 luglio 2013, n. 17385; Cass. Civ., 7 maggio 2013, n. 10602; Cass. Civ., 27 gennaio 2014, n. 1619.

(236) MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, III, cit., p. 70, nota 41, definisce tale orientamento come «diritto vivente», sebbene si continui a ritenere preferibile, in materia di impugnazione dell'ordinanza c.d. anomala, «la soluzione dell'impugnabilità col ricorso straordinario per cassazione».

(237) Così Cass. Civ., 2 ottobre 2012, cit.: «la soluzione allora ipotizzata avrebbe meritato migliore sorte, come del resto prospettato da parte della dottrina, nel senso di affermare già nel precedente ordinamento processuale la appellabilità dell'ordinanza emessa ai sensi dell'art. 789, comma 3, pur in presenza di contestazioni. Invero, anche in un contesto in cui il procedimento di scioglimento di comunioni si articolava tra giudice istruttore e collegio, l'adozione da parte del giudice istruttore di un provvedimento avente contenuto decisorio, sostitutivo della sentenza, avrebbe dovuto indurre a ritenere quel provvedimento appellabile, in applicazione del principio della prevalenza della sostanza sulla forma. Ove infatti si faccia applicazione di tale principio, proprio ragioni di certezza devono indurre a considerare il provvedimento non rispondente al modello legislativo per il suo contenuto effettivo, e non già per la sua forma, ai fini della individuazione del regime impugnatorio praticabile».

(238) Cass. Civ., 2 ottobre 2012, n. 16727, cit., p. 213.

(239) Si ritiene infatti che la ripartizione fra la fase istruttoria e quella decisoria della controversia non venga meno nelle cause attribuite alla cognizione del tribunale in composizione monocratica. Questa sembra la lettura più consona all'impostazione generale del codice di rito. Infatti, anche se la decisione viene emessa – tendenzialmente – dal medesimo soggetto fisico, ciò non toglie che le parti abbiano comunque il diritto di ottenere la nullità del provvedimento se emanato senza la previa rimessione in decisione con contestuali termini per comparse conclusionali e memorie di replica (arg. ex artt. 789, co. 3, 187 c.p.c., nonché 190 c.p.c.). In disparte, poi, la considerazione che il giudice potrebbe variare nel corso del procedimento.

funzionale che non determina l'inefficacia radicale del provvedimento emanato, o meglio, per utilizzare l'espressione cara alla giurisprudenza «*non ne determina la sua abnormità*» (240).

Certo è che, come del pari osservato in materia di convalida di sfratto, la sopravvenuta cognizione monocratica agevola l'applicazione del principio della prevalenza della sostanza, che non sconta più il problema del difetto di sottoscrizione dell'ordinanza anomala (241).

Ad ogni modo, tale impostazione, seppure sortisca i suoi benefici sul piano della ragionevole durata del processo in ragione dell'ormai noto sovraccarico del contenzioso pendente dinanzi alla Corte di Cassazione, non può reggere al cospetto del sistema processuale in tema di impugnazioni; ciò, per le ragioni che verranno illustrate nel prossimo paragrafo.

9.6.4. Le criticità dell'impostazione giurisprudenziale in tema di impugnazione dell'ordinanza di divisione abnorme e la possibile teoria ricostruttiva.

Al fine di dimostrare compiutamente le criticità sottese alle varie impostazioni giurisprudenziali avutesi nel corso del tempo, occorre previamente fare chiarezza sulla natura del giudizio di divisione, ed in particolare sull'efficacia delle varie ordinanze emanabili nel corso del procedimento sul presupposto della non contestazione delle parti (242).

(240) Cass. Civ., 27 giugno 1987, n. 1320, in *Riv. Dir. Proc.*, 1988, p. 1180, la quale soggiunge che «*non si tratta di provvedimento emesso in carenza assoluta di potere*».

(241) Infatti, dovendo la controversia essere decisa dal tribunale in composizione monocratica, il numero di firme necessarie per la valida sottoscrizione della sentenza non varia rispetto a quelle presenti nell'ordinanza invalidamente emanata. Dunque, per Cass. Civ., 2 ottobre 2012, cit., «*il giudice di appello, a fronte della deduzione della omessa pronuncia sulle contestazioni ben potrà decidere nel merito sulle stesse, senza che sia necessario rimettere la causa al primo giudice, non versandosi in alcuna delle ipotesi di cui all'art. 354 cod. proc. civ.*». Peraltro, in riferimento a questa osservazione, i giudici di legittimità tendono a generalizzare il concetto, in quanto affermano che «*i requisiti formali devono continuare ad essere regolati dalla disciplina propria del tipo di provvedimento adottato, ancorché erroneamente, dal giudice*».

(242) Per l'illustrazione dei termini del contrasto si rinvia inoltre a LOMBARDI R., *Sull'impugnazione dell'ordinanza che rende esecutivo il progetto di divisione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, p. 305; ID., *La soluzione delle Sezioni Unite sul rimedio impugnatorio esperibile avverso l'ordinanza che dichiara esecutivo il progetto di divisione nonostante la presenza di impugnazioni*, in *Foro It.*, 2013, I, 1, p. 220; DI COLA L., *Sull'impugnazione dei provvedimenti pronunciabili nel giudizio di divisione: novità nella giurisprudenza della Cassazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2011, p. 617; ID., *L'impugnazione*

Anzitutto, a tal proposito pare fuor di dubbio affermare, alla luce delle numerose elaborazioni avutesi in materia, che la divisione giudiziale assume i caratteri di un «*vero e proprio giudizio contenzioso diretto all'accertamento del diritto alla divisione e dell'entità della quota dei singoli comproprietari quando su questi punti sorge controversia*» (243). Al contrario, come già accennato in precedenza, dottrina e giurisprudenza tendono perlopiù a considerare la non decisorietà del giudizio laddove tali contestazioni manchino, con conseguente potere in capo al giudice istruttore di emanare ordinanza.

Orbene, si ritiene che la composizione del dilemma debba risolversi a favore della natura in ogni caso contenziosa del giudizio. Sotto questo punto di vista, non merita accoglimento la tesi che afferma la natura giurisdizional-volontaria del giudizio, in quanto basata fondamentalmente su un'indebita inversione dei termini logici della questione. Più distesamente, infatti, va osservato che la natura giurisdizionale di un procedimento non può ricavarsi sulla circostanza – del tutto eventuale – della non contestazione in giudizio delle varie questioni, bensì in base alla struttura processuale astrattamente delineata dal legislatore (244).

Infatti, sempre sul piano generale, si deve prendere coscienza che il codice di rito non ha inteso disciplinare due autonomi e distinti procedimenti divisorii – l'uno a matrice omologativa, l'altro a carattere contenzioso (245) –, bensì, meramente una diversificata modalità decisoria a seconda delle circostanze processuali effettivamente riscontrabili in giudizio. Ne è dimostrazione il fatto che la tutela giurisdizionale offerta dal giudizio divisorio è unica, come unica è la domanda posta a fondamento della relativa richiesta in giudizio: essa coincide con l'accertamento in capo all'attore del diritto alla divisione ed alla proprietà della singola quota, che discende direttamente dall'impossibilità di conseguire in via stragiudiziale la divisione per mancanza

dell'ordinanza ex art. 789, comma 3, c.p.c. emessa nonostante la presenza di contestazioni, in *Giur. It.*, 2013, p. 1625; BUZANO P., *Rimedi processuali alla definizione non contenziosa del giudizio di divisione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2013, p. 253.

(243) Così, per tutti, CARRATTA A., *Il principio di non contestazione*, cit., p. 416.

(244) Non va assolutamente confusa, infatti, la potenzialità della contestazione, con l'eventuale assenza di sua manifestazione nel corso del giudizio. Ciò, peraltro, non è dissimile rispetto a quanto avviene nel processo ordinario: nulla impedisce al convenuto di costituirsi senza avanzare difese. Ma ciò non toglie efficacia di giudicato alla sentenza resa all'esito del processo, in quanto tale circostanza non è in grado di trasformare la tutela fornita dal processo ordinario di cognizione.

(245) In altri termini, stando a tale impostazione si assisterebbe ad una trasformabilità *in itinere* della cognizione, da potenziale contenziosa a giurisdizional-volontaria, in dipendenza del comportamento processuale della controparte.

dell'espressa volontà da parte dei comproprietari, con conseguente danno in capo alla parte interessata (246).

Ciò premesso, risulta agevole constatare che, in armonia con la valenza sistematica che assume tale principio arg. ex art. 115, co. 1, c.p.c. (247), la non contestazione richiesta come presupposto per l'emanazione delle varie ordinanze nel giudizio di divisione non si pone affatto quale evenienza idonea a mutare il potere giurisdizionale attribuito al giudice, bensì quale espediente per *bypassare* la fase istruttoria ed ottenere così fin da subito l'accertamento con forme semplificate del diritto avanzato dal comunista (248).

Di qui, peraltro, le caratteristiche di specialità del giudizio, in analogia a quanto avviene nel procedimento di convalida per lo sfratto, ove il potere di emanare ordinanza decisoria sorge solo in presenza della condizione della non opposizione – *id est* non contestazione – dell'intimato (249).

Viceversa, ove la speditezza sia impedita dall'effettiva contestazione, l'accertamento dovrà essere effettuato nel modo che meglio garantisce la tutela del contenzioso creatosi, ovvero all'esito di apposita istruzione; ma a variare, lo si ribadisce, è il *modus procedendi* della statuizione, non l'effetto che il provvedimento è destinato a produrre in capo alle parti (250). Dai medesimi rilievi, peraltro, discende che in applicazione della disciplina sulla contumacia intesa quale *ficta contestatio*, quando il

(246) Per CARRATTA A., *Il principio di non contestazione*, cit., p. 416, inoltre, il procedimento divisorio non può qualificarsi di giurisdizione volontaria in quanto «*sebbene non miri sempre ad eliminare una situazione di antiggiuridicità già esistente sul piano sostanziale, serve comunque ad affermare, in modo certo ed incontrovertibile, l'esistenza di un diritto del singolo alla proprietà di una quota del bene nei confronti di tutti gli altri comproprietari, i quali, di fatto, sono titolari di interessi contrapposti, anche quando non contestano la divisione*».

(247) Art. 115, co. 1, c.p.c. (come sostituito dall'art. 45, co. 14, l. 69/2009): «*salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita*».

(248) BALENA G., *Provvedimenti sommari esecutivi e garanzie costituzionali*, cit., p. 1548, peraltro, afferma che alcun principio generale esclude la possibilità, in presenza di determinate circostanze, di un concreto esercizio di potere decisorio del giudice istruttore, con la differenza che in queste ipotesi, essendo la legittimazione di tipo espresso, la parte non potrà far valere il vizio di sviamento di potere funzionale come motivo di impugnazione. Cfr. ampiamente CARRATTA A., *Il principio di non contestazione*, cit., *passim*.

(249) Cfr. anche LANFRANCHI L., *La verifica del passivo nel fallimento*, cit., pp. 194 – 195, il quale conclude per una «*sostanziale analogia strutturale e funzionale tra le ordinanze che possono concludere le diverse fasi procedurali del giudizio divisorio e l'ordinanza che può concludere il procedimento per convalida di sfratto*».

(250) Nel senso della decisorietà dell'ordinanza, oltre agli A. già citati, v. anche CERINO CANOVA A., *Correzione del progetto di divisione dichiarato esecutivo (art. 789 codice di procedura civile)*, in *Giur. It.*, 1976, I, p. 201.

convenuto non si sia costituito in giudizio il giudice istruttore deve sempre avviare l'*iter* per l'emanazione di una sentenza ordinariamente appellabile (nel caso dell'ordinanza ex art. 785 c.p.c., mediante sentenza non definitiva che accerta il diritto alla divisione).

In definitiva, dunque, l'assenza di contestazioni va considerata quale condizione che l'ordinamento giuridico pone affinché le varie decisioni, anche quando emanate in forma semplificata, garantiscano la giustizia del risultato finale, nel rispetto del generale principio di contraddittorio e difesa in giudizio (251).

Ciò chiarito sul piano generale, risulta agevole adattare alle vicende di questo giudizio le osservazioni effettuate in materia di convalida di sfratto, in quanto, come già dimostrato, tali procedimenti condividono le caratteristiche essenziali.

Dunque, può affermarsi quanto segue: non avendo il legislatore ordinario previsto alcun rimedio avverso le ordinanze emanate nel giudizio divisorio, decisorie e – in parte *qua* – definitive rispetto alle singole questioni affrontate, in armonia con le premesse a carattere sistematico poste in precedenza (252), per contestare gli ipotetici vizi insiti nel provvedimento validamente emanato in assenza di contestazioni sarà esperibile un ricorso per cassazione ex art. 111 Cost. (253). Si pensi al caso in cui il giudice disponga la divisione dei beni ex art. 785 c.p.c. in violazione di talune norme di legge, ovvero all'ipotesi del giudice che, nel rendere esecutivo il progetto di divisione depositato ex art. 789, co. 3, c.p.c., ne modifichi arbitrariamente il contenuto (254).

(251) Possono essere ivi adattate, dunque, le considerazioni sull'archetipo del processo ordinario di cognizione effettuate da FABBRINI G., voce *Poteri del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 721. Né, sotto questo punto di vista, deve stupire che il codice di rito abbia previsto più snodi nei quali si inseriscono le varie ordinanze, in quanto nulla impedisce ad un provvedimento decisorio di avere funzione strumentale all'interno del procedimento, in vista della realizzazione del risultato finale; sul punto DENTI V., voce *Poteri del giudice*, in *N.ssimio Dig. It.*, cit., p. 490: «*si possono distinguere così poteri (o provvedimenti) decisorii e poteri (o provvedimenti) ordinatori da un lato, e poteri (o provvedimenti) finali dall'altro. Le due classificazioni operano, manifestamente, su piani diversi, potendosi dare tanto provvedimenti decisorii quanto provvedimenti ordinatori, che abbiano carattere strumentale o finale*». Peraltro, nelle logiche proprie del processo ordinario di cognizione, l'A. individua nella risoluzione delle questioni pregiudiziali la tipica funzione del provvedimento decisorio in senso strumentale per la continuazione del processo.

(252) Su cui *retro* Cap. IV, Sez. II, pp. 248 – 249.

(253) In precedenza, infatti, è stato osservato che il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, anche nel processo civile, sottintende il seguente corollario: al di fuori del processo ordinario di cognizione, il provvedimento può essere impugnato solo mediante lo strumento che appositamente il legislatore disciplina in via positiva; viceversa, qualora sul punto il codice nulla preveda, il provvedimento solo apparentemente risulta inoppugnabile. È infatti in questo contesto che possono apprezzarsi le elaborazioni in tema di ricorso straordinario per cassazione. Oltretutto, nel caso di ordinanza ex art. 789, co. 3, c.p.c., la non impugnabilità emerge direttamente.

(254) CARRATTA A., *Il principio di non contestazione*, cit., p. 424, esclude in radice la possibilità di esperire ricorso straordinario per cassazione ex art. 111 Cost., rendendo operante i diversi rimedi dell'opposizione di terzo e della revocazione straordinaria «*visto che questi rimedi presuppongono*

Orbene, le conclusioni così raggiunte non variano al cospetto di fattispecie anomali, fermo il principio generale per cui l'entità del vizio non incide sull'identità del mezzo di impugnazione normalmente esperibile avverso la decisione. Motivo per cui, in presenza di provvedimenti abnormi per travisamento dei presupposti per la pronuncia, la parte potrà continuare a giovare del rimedio di legittimità, al fine di ottenere la cassazione con restituzione degli atti per la rituale prosecuzione del giudizio (255).

Oltretutto, l'applicazione del principio della prevalenza della sostanza in queste circostanze risulta del tutto fuori luogo se si considera che l'ordinanza emessa in presenza di contestazioni non si pone fuori dal raggio applicativo dell'art. 789, co. 3, c.p.c. (256), in quanto il suo utilizzo è intrinsecamente coerente rispetto ai presupposti accertati; l'*error* risiede piuttosto nell'aver travisato, o comunque ignorato, la specifica situazione processuale sottesa (257), al pari di quanto può accadere nel giudizio di convalida per lo sfratto.

Per le medesime considerazioni già effettuate, poi, va esclusa anche l'applicazione del principio della prevalenza del regime astrattamente previsto dal legislatore: l'alternativa all'ordinanza infatti si risolve nella prosecuzione dell'istruzione della causa, e non nella pronuncia «seduta stante» di sentenza (258).

Peraltro, anche in questo caso, attribuendo per assurdo valore giurisdizional-volontario alle ordinanze emanabili nel giudizio di divisione, per il medesimo principio

l'esistenza di circostanze emerse in un momento successivo a quello in cui la parte si è determinata a non contestare».

(255) La strada dell'annullamento senza rinvio, con restituzione degli atti al giudice istruttore per la prosecuzione del giudizio nelle forme dettate dal codice in relazione alle specifiche circostanze era stata prospettata in passato da Cass. Civ., 23 gennaio 1988, n. 525.

(256) Come esplicitato nel testo, il riferimento può valere solo nei confronti del travisamento della valutazione dei presupposti per la pronuncia; diverso è il caso in cui il giudice istruttore, preso atto delle contestazioni, rimetta – eventualmente assunte le opportune prove – la causa in decisione, emanando per errore il provvedimento in forma di ordinanza. Ivi, infatti, si tratta di un errore propriamente formale, stante la discrasia del contenuto accertato nella statuizione rispetto alla sua veste esteriore, con conseguente applicazione del principio della prevalenza del regime astrattamente previsto per legge rispetto all'operato concreto del giudice. Così come, del pari, tale principio potrebbe applicarsi nei casi in cui il giudice istruttore, nonostante l'accertamento circa l'assenza di contestazioni sul tema oggetto di statuizione, emani sentenza anziché ordinanza.

(257) In argomento ACONE M., *Note sul giudizio di divisione per stralcio di quota*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1961, p. 131.

(258) La stessa giurisprudenza, invero, finisce per esprimere la disomogeneità di situazioni, in quanto ivi, a differenza che nei casi di errore di forma nell'emanazione del provvedimento nel processo ordinario di cognizione, il vizio è il seguente: «il giudice istruttore, essendo sorte contestazioni in ordine al progetto di divisione, non avrebbe potuto pronunciare su di esse, sia pure per dichiararle inammissibili, ma avrebbe dovuto rimettere la causa al collegio [*rectius*: in decisione]» (così Cass. Civ., 13 aprile 1995, n. 4273, cit.).

della non trasformabilità della natura del potere giurisdizionale astrattamente affidato al giudice in conseguenza del vizio perpetrato, ne deriva che le eventuali anomalie potranno essere fatte valere in ogni tempo, anche in sede di opposizione all'esecuzione; giammai con l'appello.

10. L'impugnazione del provvedimento anomalo in applicazione del principio dell'apparenza, nonché della sua specifica declinazione nella regola dell'ultrattività del rito.

Le soluzioni fornite in tema di impugnazione del provvedimento abnorme saranno in questa sede coordinate con le restanti fattispecie anomale risolte dalla giurisprudenza facendo utilizzo del principio dell'apparenza.

Infatti, una scarsa presa di coscienza del fenomeno potrebbe portare – come talvolta è capitato in giurisprudenza (259) – ad una nebulosa intersezione del principio dell'apparenza con le teorie elaborate in materia di impugnazione del provvedimento emanato in forma diversa da quella prescritta, ovvero in carenza dei suoi presupposti.

In questa sede, la trattazione sarà dedicata alle seguenti principali ipotesi: *aa*) l'impugnazione della sentenza resa sull'opposizione endoesecutiva ed erroneamente qualificata dal giudice; *bb*) il regime giuridico della sentenza emessa secondo equità in carenza dei presupposti; *cc*) le vicende inerenti la qualifica del lodo arbitrale come rituale o irrituale; *dd*) le altre fattispecie riconducibili ad un errato utilizzo del rito rispetto alla materia oggetto di controversia.

a) In materia di opposizioni endoesecutive, richiamando l'attenzione su quanto esposto in precedenza (260), può affermarsi che il principio dell'apparenza, nell'ottica giurisprudenziale, si risolve essenzialmente nella preminenza di quanto dichiarato dal giudice in sentenza rispetto alla specifica richiesta di tutela che la parte aveva avanzato in giudizio (261).

Ma ciò, al di là dell'enfatica etichetta terminologica, rivela una circostanza imprescindibile: il fattore che determina l'applicazione del principio dell'apparenza è

(259) Cfr. Cass. Civ., 10 gennaio 2011, n. 390, cit., nonché Cass. Civ., 2 ottobre 2012, n. 16727, in motivazione.

(260) *Retro* Cap. III, Sez. II, p. 189 ss.

(261) In argomento DONZELLI R., *Sui rapporti tra sospensione interna ex art. 624 c.p.c. e sospensione esterna disposta dal giudice dell'impugnazione*, in *Corr. Giur.*, 2016, p. 695.

tutt'altro che apparente. Infatti, il giudice, nel qualificare l'oggetto del giudizio *ex art. 615* ovvero *617 c.p.c.*, effettua invero uno specifico accertamento sull'oggetto processuale della domanda proposta. Tale circostanza risulta evidente laddove si considerino i criteri che la giurisprudenza richiede al fine di poter applicare tale «espedito», i quali coincidono nell'inequivoca motivazione condotta dal giudice in sentenza, ovvero nel tenore espresso del dispositivo (262).

Si ritiene dunque di affermare quanto segue: in questo ambito non si tratta di far prevalere un regime giuridico piuttosto che un altro, bensì di applicare alla decisione emanata il regime ricavabile *sic et simpliciter* dall'accertamento effettuato dal giudice; accertamento che, ove non condiviso dalla parte, potrà essere oggetto di apposita impugnazione dinanzi al giudice «normalmente» individuabile.

In ragione di ciò ed in linea con l'impostazione di fondo adottata, nessun rilievo autonomo può essere attribuito all'eventuale errore del giudice nel qualificare (*rectius*: accertare) il tipo di tutela avanzata in giudizio. Viceversa, nel caso in cui il giudice non abbia effettuato alcuna considerazione in merito, rimarrà ferma la determinazione dell'oggetto così come enucleata in giudizio dall'attore ed implicitamente accettata (263). *Terzium non datur* (264).

In definitiva, la situazione non è meno apparente di quanto lo siano le ipotesi in cui la parte, in ossequio al principio dell'assorbimento *ex art. 161, co. 1, c.p.c.*, lamenti *errores in iudicando* o *in procedendo* del provvedimento giurisdizionale emanato.

(262) In particolare Cass. Civ., 5 maggio 2016, n. 8958, cit. Di contro, la giurisprudenza reputa che le affermazioni generiche compiute dal giudice in sentenza non valgano ad identificare con esattezza l'azione proposta dalle parti, come ad esempio l'intestazione della sentenza emanata come «*opposizione agli atti esecutivi*» piuttosto che «*opposizione all'esecuzione*» (così Cass. Civ., 16 luglio 2015, n. 14970, cit.). L'evenienza non cambia al variare della materia, come dimostra Cass. Civ., 29 settembre 2014, n. 20449, cit., resa in tema di individuazione del regime giuridico del provvedimento emanato sulla questione di competenza, la quale afferma che il criterio dell'apparenza può applicarsi solo quando sia «*il giudice medesimo a qualificare come decisoria (e, dunque, definitiva davanti a sé) la declaratoria di competenza*», dovendosi peraltro evincere tale qualificazione «*in termini di assoluta oggettiva inequivocabilità ed incontrovertibilità*».

(263) Peraltro, se la controparte aveva specificamente contestato la riconducibilità dell'opposizione nell'ambito dell'art. 615 c.p.c., piuttosto che nell'art. 617 c.p.c., avrà il potere – nonché l'interesse – di contestare la sentenza emanata anche sotto questo profilo. Potere che, invero, può configurarsi laddove non avesse preso inizialmente posizione, se tale evenienza è in grado di comportare rilevanti conseguenze sul piano processuale; si pensi al caso in cui l'accertamento circa la natura dell'opposizione avanzata come agli atti esecutivi determini la pronuncia di inammissibilità per tardività dell'introduzione del giudizio rispetto al termine previsto di 20 giorni dal compimento dell'atto.

(264) Anche perché, nell'estrema ipotesi in cui la parte non abbia delineato la matrice delle proprie doglianze, l'opposizione introdotta non potrà che essere dichiarata nulla per assoluta indeterminazione dell'oggetto della domanda *ex art. 164, co. 4, c.p.c.*

Peraltro, in virtù di quanto finora osservato, emerge appieno l'intrinseca ingiustizia di tale espediente, idoneo tendenzialmente a neutralizzare il vizio processuale perpetrato stante il potere del giudice dell'impugnazione di decidere egli stesso il merito della controversia. Si pensi, sotto questa direzione, alla pronuncia erroneamente qualificata come sentenza in materia di opposizione agli atti esecutivi; la parte soccombente in primo grado avrà tutto l'interesse, laddove non condivida tale qualificazione, ad impugnare tale sentenza *ex art. 111 Cost.*, al fine principale di conseguire la celebrazione del giudizio di appello omesso (265). Di contro, le soluzioni fornite in giurisprudenza mirano tendenzialmente ad impedire la celebrazione del secondo grado di giudizio (266).

Inoltre, con specifico riferimento al caso inverso della decisione erroneamente qualificata come sentenza in materia di opposizione all'esecuzione, può evidenziarsi che tale evenienza non comporta alcun vizio processualmente rilevante, in quanto la possibilità di esperire un giudizio di secondo grado altrimenti negato comporta un ampliamento di tutela armonico con i principi costituzionali del giusto processo.

Il tutto, ferme restando le conseguenze giuridiche della riqualificazione, ad opera del giudice dell'impugnazione, del tipo di tutela effettivamente richiesta; si pensi all'opposizione avanzata oltre il termine previsto dagli artt. 617 ss. c.p.c.: nel caso in cui il giudice di appello accerti la natura di opposizione agli atti esecutivi della domanda introdotta, avrà il potere di dichiararla inammissibile.

b) L'impostazione adottata per risolvere la questione dell'impugnazione delle sentenze di primo grado rese in materia di opposizione endoesecutiva, *mutatis mutandis*, deve trovare applicazione anche nei casi in cui il tribunale abbia erroneamente emanato sentenza equitativa *ex art. 114 c.p.c.*, per il medesimo principio della vincolatività dell'accertamento giurisdizionale fintantoché esso non venga invalidato.

Infatti, anche in queste ipotesi la pronuncia emanata non può che essere impugnata secondo il regime suo proprio, specificamente previsto all'art. 339, co. 2, c.p.c. Ciò, senza «scomodare» l'utilizzo del principio dell'apparenza. Infatti, la

(265) Infatti, prescindendo dalle dispute sulla costituzionalizzazione o meno del giudizio di secondo grado, quando esso sia previsto dal legislatore ordinario, allora costituisce diritto processuale della parte ottenere la sua celebrazione.

(266) A giustificazione di ciò nemmeno può invocarsi il principio costituzionale della ragionevole durata del processo. Infatti, esso non può avere l'effetto di precludere alla parte il godimento di un altrettanto fondamentale diritto costituzionale alla celebrazione di un «giusto processo» regolato dalla legge.

pronuncia emanata corrisponde perfettamente a ciò che sembra, in quanto sentenza formalmente e sostanzialmente di matrice equitativa (267); il vizio risiede piuttosto nel travisamento dei presupposti per la sua pronuncia, che la parte avrà l'interesse di far valere mediante apposito ricorso ordinario per cassazione, al fine di recuperare – anche in questo caso – il secondo grado di giudizio (268).

Pertanto, la situazione potrebbe invertirsi laddove il giudice, in violazione della richiesta delle parti *ex art. 114 c.p.c.*, pronuncia sentenza secondo diritto: circostanza, questa, che determinerà un ampliamento delle garanzie in capo alla parte, la quale potrà contare sul giudizio di secondo grado per ottenere una pronuncia secondo equità da parte della corte di appello.

c) Le medesime considerazioni, infine, valgono nei casi in cui la parte voglia contestare l'erroneità della qualificazione operata dagli arbitri circa il tipo di tutela richiesta dalle parti; qualificazione che, anche in questo caso, corrisponde invero ad accertamento sulla sussistenza delle condizioni per emanare una determinata pronuncia (269).

Di qui, la percorribilità delle consuete vie per ottenere l'accertamento del vizio in tesi perpetrato: nello specifico, l'impugnazione del lodo rituale *ex art. 827 ss. c.p.c.*, ovvero l'azione di annullamento proposta in via ordinaria avverso la determinazione contrattuale emanata ai sensi dell'*art. 808 ter c.p.c.* In ogni caso, l'intento perseguito

(267) In definitiva, anche in questo caso il problema si risolve in considerazione dell'(erroneo) accertamento effettuato dal giudice circa la sussistenza dei presupposti. In dottrina cfr. NASI A., voce *Equità (giudizio di)*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, p. 107 ss., spec. p. 119.

(268) Le medesime riflessioni possono condursi in merito all'impugnazione della pronuncia equitativa del giudice di pace *ex art. 113 c.p.c.* L'orientamento attualmente dominante è infatti nel senso di far prevalere il criterio della domanda ove il giudice non abbia preso posizione in sentenza sulla questione; viceversa, «*il principio dell'apparenza trova applicazione nelle ipotesi in cui egli si sia espressamente pronunciato, in sentenza sul valore della domanda, o sulla configurabilità della fattispecie contrattuale conclusa con le modalità di cui all'art. 1342 c.c.*» (così Cass. Civ., 9 giugno 2004, n. 10952; Cass. Civ., 16 giugno 2006, n. 13917, in *Corr. Mer.*, 2007, I, p. 80, con nota favorevole di TRAVAGLINO G.; Cass. Civ., 26 aprile 2010, n. 9923, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 4, p. 610; *contra* in passato Cass. Civ., 14 dicembre 1998, n. 12542).

(269) Il principio generale ricavato può essere utilizzato per risolvere ogni altra fattispecie problematica in cui la parte, posta la qualificazione data espressamente dal giudice all'azione, voglia contestarne l'esattezza. Ne costituisce dimostrazione quanto osservato da Cass. Civ., 18 maggio 2016, n. 10143, in materia di opposizione a decreto ingiuntivo: «*qualora il giudice emani decreto ingiuntivo, affermando nel provvedimento che i crediti erano dovuti a titolo di canoni scaduti derivanti da rapporto di locazione, sussiste in base al principio dell'apparenza un necessario collegamento tra la qualificazione del provvedimento giurisdizionale e la forma di contestazione dello stesso. Dunque, il debitore ha l'onere di opporsi proponendo ricorso (e non citazione), in quanto la materia controversia – a prescindere dall'esattezza della qualificazione effettuata dal giudice del monitorio – implica l'applicazione del rito locatizio*».

dalla parte sarà quello di ottenere l'annullamento del lodo in quanto pronunciato fuori dai limiti del compromesso (270).

d) Meritano infine trattazione le ipotesi residuali in cui, a ben vedere, si assiste ad una effettiva applicazione del principio dell'apparenza, il quale, nello specifico, si declina nella regola dell'ultrattività del rito con cui la causa era stata trattata in primo grado. Si tratta delle ipotesi in cui, volendo parafrasare, non si assiste ad una anomalia del provvedimento emanato, bensì ad una «anomalia del procedimento» seguito.

Ad ogni modo, ferma la situazione di effettiva apparenza, anche in questi casi l'impugnazione seguirà le regole ed i limiti propri del provvedimento che si intende contestare (271).

Emblematica a tal proposito è la fattispecie processuale sottesa alla pronuncia a sezioni unite della Suprema Corte del 2011 in materia di impugnazione del provvedimento di condanna al pagamento degli onorari di avvocato (272). Ivi, infatti, l'impugnazione mediante appello è stata giustificata dal fatto che il procedimento seguito in primo grado, condotto nelle forme di un ordinario processo di cognizione, era culminato nell'emanazione di una sentenza, come tale appellabile a prescindere dai vizi in essa contenuti.

Ad oggi, peraltro, risultano variati i parametri normativi di riferimento, ma non l'applicazione di fondo del principio: ne deriva che, in caso di controversia istruita e decisa con rito sommario di cognizione ai sensi del d.lgs. 150/2011, «*il principio di apparenza*» impone in ogni caso di impugnare l'ordinanza emessa mediante appello *ex art. 702 quater c.p.c.* (273).

Ad ogni modo, va osservato in ultima analisi che la prevalenza della situazione apparente sembra trovare specifico fondamento nel seguente inderogabile principio:

(270) In questa sede cfr. Cass. Civ., 24 marzo 2011, n. 6842, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, II, p. 453.

(271) Si segnala infatti che la giurisprudenza, nonostante abbia coniato la regola dell'ultrattività del rito con specifico riferimento alle vicende del rito del lavoro, nel tempo ha esteso l'ambito applicativo del suo utilizzo. Oltre al caso analizzato nel testo, si tengano in considerazione anche le seguenti fattispecie: Cass. Civ., 10 giugno 2016, n. 11991, e Cass. Civ., 7 ottobre 2010, n. 20811, sul procedimento di opposizione in materia di dati personali; nonché Cass. Civ., 29 dicembre 2014, n. 27402, Cass. Civ., 21 maggio 2014, n. 11261, e Cass. Civ., 13 agosto 2014, n. 15783, in materia di opposizione a sanzione amministrativa.

(272) Cass. Civ., 11 gennaio 2011, n. 390, cit.

(273) Così successivamente Cass. Civ., 5 agosto 2016, n. 16591; Cass. Civ., 29 febbraio 2016, n. 4002; Cass. Civ., 22 ottobre 2015, n. 21533; Cass. Civ., 29 maggio 2015, n. 11273; Cass. Civ. 19 maggio 2011, n. 11024. In dottrina cfr. in questa sede DELUCA G., *Nuove norme e vecchi problemi del procedimento per la liquidazione degli onorari agli avvocati*, in *Il Giusto Proc. Civ.*, 2013, p. 127.

esclusivamente al giudice può competere il potere di mutare il rito ritenuto erroneo dalla parte.

10.1. Il possibile coordinamento con gli approdi in tema di *translatio iudicii* in grado di impugnazione e di equipollenza fra atti processuali.

A conclusione della trattazione della specifica problematica dell'individuazione del corretto mezzo di impugnazione esperibile avverso il provvedimento erroneamente qualificato dal giudice, merita considerazione un possibile spiraglio in grado di tutelare la parte anche qualora dovesse errare la scelta del rimedio, evitandole dunque di subire la dichiarazione di inammissibilità dell'impugnazione. Il riferimento, prendendo a modello la dualità fra appello e ricorso per cassazione nel caso delle opposizioni endoesecutive, è alla possibilità di ottenere il trasferimento del giudizio al giudice competente (da Corte di Cassazione a giudice di appello, e viceversa), con contestuale conversione della domanda di impugnazione proposta in quella che la parte avrebbe dovuto proporre (da ricorso per cassazione ad atto di appello, e viceversa).

Ciò potrebbe realizzarsi in presenza di due congiunture: *in primis*, l'operatività della *translatio iudicii* in grado di impugnazione per questioni di competenza funzionale; in secondo luogo, la possibilità di considerare gli atti di impugnazione fra loro equipollenti. In particolare, sulla prima questione è recentemente intervenuta la Suprema Corte a sezioni unite, la quale ha prospettato espressamente questa possibilità facendo ricorso ad argomentazioni ritenute valide (274); viceversa, il concetto di equipollenza sembra oramai principio definitivamente acquisito nel nostro sistema processuale (275).

Ad ogni modo, mentre sarebbe in tesi pronosticabile – salvo il dovuto rispetto dei termini per impugnare – la prosecuzione dinanzi alla corte di appello dell'impugnazione erroneamente proposta con ricorso alla Suprema Corte avverso una sentenza espressamente qualificata come decisione resa in materia di opposizione

(274) Cfr. Cass. Civ., 14 settembre 2016, n. 18121, cit. Sul problema della *translatio iudicii* in appello cfr. *amplius* CARRATTA A., *Incompetenza del giudice d'appello e translatio iudicii: la parola alle Sezioni unite*, in *Giur. It.*, 2016, p. 1616; TEDOLDI A., *Problemi di geografia giudiziaria nell'appello civile: la competenza funzionale del giudice di seconde cure e il salvagente della translatio iudicii*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, p. 522.

(275) Per tutti v. ancora POLI R., *Invalidità ed equipollenza*, cit., *passim*.

all'esecuzione, evidenti difficoltà di coordinamento inducono a ritenere che, nel caso inverso, siano pressoché vane le speranze della parte di ottenere risultati utili (276).

11. Il provvedimento abnorme nel sistema delle impugnazioni: riepilogo.

Dalla complessiva esposizione effettuata sono emersi taluni importanti rilievi che meritano di essere in sintesi ribaditi.

Anzitutto il principio per cui il vizio presente nel provvedimento emanato dal giudice, a prescindere dalla gravità ovvero dalla connotazione in termini di abnormità, non può in alcun modo sottrarre la decisione dal regime giuridico astrattamente previsto per legge. In altri termini, la condotta del giudice non può sottrarre il provvedimento dal tipo di tutela astrattamente garantita dall'ordinamento per mezzo del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione.

Di qui l'irrelevanza del fenomeno anche dal punto di vista dinamico, in quanto sulla base di principi di ordine generale può essere utilmente neutralizzato in radice ogni possibile condizionamento patologico del rapporto fra provvedimento e sua impugnabilità.

Tali conclusioni valgono tanto per il processo ordinario di cognizione quanto per i vari procedimenti speciali (277).

(276) Su tali prospettive applicative POLI R., *Impugnazione proposta al giudice incompetente e translatio iudicii*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, pp. 407 – 410; critico CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, cit., p. 474.

(277) Anche se non ha costituito oggetto di trattazione principale nel testo, merita attenzione il trattamento delle fattispecie di provvedimento anomalo da doversi applicare agli ulteriori procedimenti a carattere speciale, la quale costituisce piena applicazione dei principi generali ricavati nel corso della trattazione. Innanzitutto, il regime di impugnazione del provvedimento di liquidazione dell'onorario e delle spese di CTU emesso dal giudice dopo che è stato definito il relativo giudizio, in quanto «secondo la giurisprudenza di questa Corte, [esso] costituisce provvedimento abnorme, perché emesso in carenza di potere» (così Cass. Civ., 4 marzo 2016, n. 4307; conformi Cass. Civ., 16 marzo 2011, n. 6192; Cass. Civ., 3 febbraio 2011, n. 2567; Cass. Civ., n. 28299 del 2009; Cass. Civ., n. 1887 del 2007; Cass. Civ., 22 luglio 2003, n. 11418). Orbene, se per una consistente parte delle pronunce registratesi sul tema «il relativo provvedimento risulta abnorme e in relazione ad esso, trattandosi di atto idoneo ad incidere in modo definitivo su posizioni di diritto soggettivo, è ammissibile il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.» (ex multis Cass. Civ., 31 dicembre 2009, n. 28299; Cass. Civ., 22 luglio 2003, cit.), altra parte della giurisprudenza aderisce al principio per cui, in quanto «riconducibile al tipo di atto processuale previsto dalla legge, il provvedimento di liquidazione del compenso all'IVG emesso dal giudice della esecuzione dopo la chiusura del procedimento esecutivo deve considerarsi, dunque, impugnabile con il rimedio previsto dalla L. n. 115 del 2002, art. 170, piuttosto che con il rimedio straordinario del ricorso per cassazione ammesso dall'art. 111 Cost., che è strumento applicabile solo se contro il tipo di provvedimento incidente sui diritti delle parti non sia possibile altro mezzo di impugnazione» (Cass. Civ., 3 luglio 2008, n. 18204; nello stesso senso Cass. Civ., 29 gennaio 2007, n. 1887); dopodiché, siccome sull'opposizione decide il Presidente del tribunale con ordinanza inappellabile ma decisoria sui diritti

Nel primo vige la regola generale discendente dal coordinato disposto – essenzialmente – degli artt. 177, 279 e 323 c.p.c.: alla luce di ciò, può affermarsi che il provvedimento istruttorio resta sempre modificabile e revocabile nei casi previsti dalla legge, quello pronunciato sulla competenza (o sulla sospensione) resta soggetto ad impugnazione con regolamento necessario *ex art. 42 c.p.c.*, ed infine quello decisorio su questioni processuali o di merito è sempre impugnabile in via ordinaria.

L'assetto non muta nemmeno in presenza di patologie così gravi da condurre all'inesistenza giuridica della decisione emanata; infatti, come dimostrato in precedenza (278), la possibilità di ottenere l'invalidazione del provvedimento in ogni tempo non osta all'applicazione del generale principio dell'assorbimento *ex art. 161, co. 1, c.p.c.*,

delle parti, avverso la stessa sarà ammissibile l'impugnazione mediante ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111 Cost.* Alla luce di quanto finora affermato, merita piena condivisione quest'ultimo orientamento. Analoghe considerazioni valgono nel procedimento in materia di opposizione a sanzione amministrativa: infatti, la nuova disciplina del d.lgs. 150/2011 (in particolare *arg. ex art. 2*), rendendo applicabili le norme sul rito del lavoro, consente l'appello avverso le decisioni emesse all'esito del giudizio di primo grado, quale che sia l'entità dell'anomalia. In tal senso, fra le decisioni di legittimità, v. Cass. Civ., 11 giugno 2014 n. 13260; Cass. Civ., 13 giugno 2014, nn. 13584 e 13585, nonché più di recente Cass. Civ., 9 agosto 2016, n. 16855, la quale altresì specifica che resta *«fuori da tale generale rimedio il solo caso della sentenza non sottoscritta dal giudice»*. Viceversa, per il passato, ai sensi degli artt. 22 e 23 l. 689/1981, il giudice avrebbe potuto emanare ordinanza fuori udienza, che, qualora viziata da anomalia, stante il suo carattere decisorio e definitivo e non essendo previsto alcun rimedio impugnatorio nei suoi confronti, veniva dalla giurisprudenza considerata impugnabile per cassazione *ex art. 111 Cost.* (cfr. Cass. Civ., 20 ottobre 2004, n. 20545; Cass. Civ., 23 settembre 1994, n. 7832). La medesima soluzione di concedere spazio al rimedio astrattamente previsto dalla legge in relazione al tipo di decisione emanata nell'ambito di un determinato procedimento è poi stata dalla giurisprudenza confermata in sede di giudizio di separazione (sul punto Cass. Civ., 21 agosto 1998, n. 8285), nonché in materia di procedimento per l'espulsione di stranieri dal territorio italiano (Cass. Civ., 7 giugno 2007, n. 13326; cfr. anche Cass. Civ., luglio 2009, n. 15835). Infine, anche se espresso mediante un principio di diritto più criptico, il principio generale dell'assorbimento di ogni vizio di nullità nel mezzo di gravame appositamente predisposto per legge (salva l'estensione di tutela per i casi di inesistenza giuridica) sembra essere confermato in sede di procedimento tributario. Infatti, per Cass. Civ., 19 marzo 2014, n. 6401, *«in base al D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 2, comma 3, il giudice tributario, investito dell'impugnazione di un atto impositivo, non può estendere il suo potere di cognizione incidentale fino ad involgere anche la giuridica esistenza e la sorte processuale del titolo giudiziale posto a fondamento della pretesa tributaria, non potendosi, in sede di impugnazione dell'atto, rimuovere dall'ordinamento provvedimenti processuali definitivi, solo perché ritenuti errati (o anche inesistenti o abnormi), in quanto trattasi di situazioni deducibili nel giudizio preordinato alla formazione del titolo stesso (anche, ove ne ricorrano i presupposti, mediante l'impugnazione tardiva ex art. 327 c.p.c., comma 2), oppure con i mezzi di impugnazione straordinaria (quale, ad esempio, l'opposizione di terzo ex art. 404 c.p.c.), o, in casi eccezionali, mediante autonoma azione di accertamento negativo (actio nullitatis)»* (conformi Cass. Civ., 17 gennaio 2013, n. 1083; Cass. Civ., 11 marzo 2011, n. 5833).

(278) In tal senso si schiera la giurisprudenza pressoché univoca, perlomeno nell'ambito dei vizi di inesistenza che affliggono la sentenza emessa all'esito del processo ordinario di cognizione. Per riferimenti v. Cass. Civ., 14 gennaio 2015, nn. 487 e 489; Cass. Civ., 15 gennaio 2015, nn. 571 e 572; Cass. Civ., 28 dicembre 2009, n. 27428; Cass. Civ., 10 ottobre 2006, n. 21707; Cass. Civ., 19 agosto 2003, n. 12104, in *Studium Iuris*, 2003, 12, p. 1520; Cass. Civ., 5 ottobre 2001, n. 12292; Cass. Civ., 23 febbraio 2001, n. 2660; Cass. Civ., 29 settembre 1999, n. 10784; Cass. Civ., 26 febbraio 1994, n. 1965; nonché in motivazione Cass. Civ., 7 maggio 2014, n. 9865.

stante l'interesse della parte ad una rimozione immediata del vizio nei tempi e nei modi previsti dall'ordinamento (nonché arg. ex art. 354 c.p.c.).

Con particolare riferimento ai procedimenti speciali, poi, va precisato che qualora il mezzo di impugnazione non sia stato espressamente individuato dal legislatore ordinario, il regime giuridico del provvedimento deve ricavarsi sulla base della natura giurisdizionale dei vari procedimenti presi in analisi, dalla quale, peraltro, discende la specifica conformazione del potere specificamente attribuito al giudice in relazione alla controversia (279).

Rilievi che, qualora correttamente applicati al procedimento di sfratto ed a quello divisorio, conducono a sostenere l'esperibilità avverso le relative ordinanze di un ricorso straordinario ex art. 111 Cost. (pienamente legittimato nel sistema), in virtù della loro intrinseca natura decisoria e definitiva (280). Anche in queste ipotesi la situazione non muta in presenza di vizi di abnormità del provvedimento, suscettibili al pari di ogni altra invalidità di convertirsi in motivi di impugnazione, eventualmente al fine di ottenere la cassazione senza rinvio della decisione emanata, con restituzione degli atti al giudice di primo grado per la fisiologica prosecuzione del giudizio (281).

Eppure, la giurisprudenza sembra ormai essere orientata, soprattutto in materia di giudizio divisorio e di sfratto, verso soluzioni decisamente «convenienti» dal punto di vista pratico, ma che non soddisfano affatto le esigenze dogmatiche di sistema (282).

(279) Peraltro, la presa di coscienza della complessiva realtà processuale civile non esime, anzi impone all'interprete, di vagliare tutte le possibili criticità. A tal riguardo, in prospettiva *de iure condendo*, DONZELLI R., *Sul giusto processo civile regolato dalla legge*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, p. 960, afferma che «tale opzione di politica legislativa, infatti, non solo vulnera la tenuta sistematica e la certezza del sistema delle tutele, ma inoltre muove da una premessa del tutto erronea, ovvero dal ritenere che taluni diritti meritino processi più rapidi di altri e che l'adeguamento delle forme processuali possa muovere da astratte e precostituite valutazioni riguardanti i caratteri sostanziali della situazione giuridica tutelata»; per un approccio comparatistico cfr. anche ID., *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l'attività di case management giudiziale*, in *Davanti al giudice*, a cura di LANFRANCHI L. – CARRATTA A., Torino, 2005, p. 515 ss.

(280) Sul tema v. ancora una volta MANDRIOLI C., *L'assorbimento*, cit., *passim*.

(281) Si è perfettamente consci della situazione di sovraccarico in cui versa la Corte di Cassazione; ma si è altrettanto convinti che le soluzioni di problematiche prettamente giuridiche non possano essere condizionate da considerazioni assolutamente contingenti. A tal proposito, come indicato già da FABBRINI G., voce *Poteri del giudice (dir. proc. civ.)*, cit., p. 723, semmai «il tema può trovare sfogo o nel potenziamento degli uffici, dove i giudici siano oberati di lavoro, o nelle sanzioni disciplinari, dove i giudici siano vagabondi». Che poi, a veder bene, la saturazione riguarda il complessivo sistema giustizia, e ne è riprova – in tale direzione – la volontà che ha indotto il legislatore ad introdurre un filtro anche al giudizio di appello (artt. 348 *bis* e *ter* c.p.c.).

(282) Il riferimento, come visto in precedenza, è all'orientamento attualmente dominante che considera tali ordinanze anomale appellabili e non impugnabili ex art. 111 Cost. Oltretutto, tale visione comporta anche la seguente peculiare vicenda: qualora la Suprema Corte dovesse accertare l'insussistenza delle doglianze prospettate, allora il ricorso proposto diventerebbe inammissibile in quanto infondato.

Peraltro, le conclusioni suesposte valgono nei limiti in cui il procedimento sia espressione in astratto di una tutela a carattere decisorio sopra i diritti delle parti; qualora il giudizio sia fisiologicamente inidoneo ad accertare con efficacia di giudicato le situazioni sostanziali ivi dedotte, sembra corretto ritenere inammissibile il ricorso straordinario *ex art. 111 Cost.* (283), in favore della possibilità di ottenere in ogni tempo l'invalidazione del provvedimento (284).

È stata infine analizzata l'operatività del principio dell'apparenza: salve le specifiche ipotesi di ultrattività del rito, può osservarsi come il riferimento a tale concetto sia del tutto fuorviante, in quanto la dichiarazione resa in sentenza vincola inevitabilmente la parte ad individuare il mezzo di impugnazione in conformità a quanto accertato dal giudice, senza che possa essere ravvisato alcun contrasto fra forma e sostanza del provvedimento.

(283) Ne è corretta dimostrazione la giurisprudenza che, in considerazione della struttura giurisdizional – volontaria del procedimento, ovvero della sua matrice amministrativa, esclude fermamente l'ammissibilità del ricorso straordinario in ragione dell'entità del vizio fatto valere (ad es. Cass. Civ., 14 novembre 1992, n. 12236, sul decreto del giudice delegato). Orbene, ragionando *a contrario*, si dovrebbe giungere alla conclusione che i provvedimenti emanati nel corso di procedimenti speciali ed astrattamente idonei al giudicato in quanto decisorii, anche qualora affetti da nullità radicale o totalmente inefficaci, possano comunque essere impugnati mediante ricorso straordinario per cassazione, al fine di ottenerne l'annullamento. Eppure, la linearità di tale conclusione sembra essere talvolta scalfita dall'atteggiamento della Suprema Corte, la quale, in determinate occasioni, ha dichiarato inammissibile il ricorso sul presupposto dell'inesistenza giuridica della decisione concretamente emanata (cfr. Cass. Civ., 17 giugno 2015, n. 12507; Cass. Civ., 19 marzo 2003, n. 4034). Ad ogni modo, vi sono margini interpretativi per considerare la dichiarazione di inammissibilità del ricorso straordinario essa stessa un accertamento dell'inesistenza giuridica della decisione emanata. Questa soluzione avrebbe da un lato il pregio di semplificare l'*iter* processuale per l'ottenimento della dichiarazione di inefficacia di un provvedimento *ictu oculi* inesistente, in armonia con il principio di ragionevole durata del processo ed economicità dei giudizi, nonché, dall'altro, di rivalutare la funzione nomofilattica dell'organo supremo della giurisdizione.

(284) Conclusioni peraltro già riscontrabili ad una attenta analisi del pensiero di DENTI V., *In tema di provvedimenti giudiziali*, cit., pp. 535 – 536.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

La presente ricerca, incentrata sull'indagine del provvedimento «abnorme» nel diritto processuale civile, si prefiggeva di raggiungere due fondamentali risultati: da un lato, ricavare l'eventuale rilevanza autonoma del fenomeno entro l'area delle invalidità; dall'altro, ricostruire un sistema armonico per individuare il mezzo di impugnazione con cui contestare il provvedimento proprio nei casi di sua pretesa abnormità.

Con il fine di predisporre le complessive coordinate entro cui elaborare le risposte ai due principali quesiti, si è scelto di analizzare in via preliminare la fenomenologia del provvedimento abnorme nel diritto processuale penale: ivi, infatti, questo concetto a carattere prettamente processuale ha avuto origine e sviluppo, costituendo attualmente un vero e proprio istituto giuridico con rilevanza autonoma sia sul piano statico che su quello dinamico.

Quanto al primo piano, l'abnormità (sia essa di matrice strutturale o funzionale) risulta a pieno titolo una *species* di invalidità del provvedimento, con caratteristiche distinte rispetto alle altre figure di invalidità, quali la nullità e l'inesistenza giuridica; per quanto concerne il secondo piano, nel tempo è stato comunemente individuato uno specifico mezzo di impugnazione per contestare il provvedimento in ragione esclusiva della sua abnormità: il ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111 Cost.*

Dopodiché, dato atto della professata volontà dottrinale di trasfondere nel nostro sistema processuale le elaborazioni avutesi in quello penale, si è proceduto alla disamina dell'abnormità nelle vicende del processo civile. Ad ogni modo, il dato progressivamente acquisito nel corso della trattazione è il seguente: complice l'evidente «autarchia» dei rispettivi sistemi, il fenomeno ha finito per assumere caratteristiche del tutto peculiari e rimodulate.

In primis ciò vale in riferimento al piano statico: stando alle elaborazioni avutesi sia in dottrina che in giurisprudenza, infatti, l'abnormità è stata rintracciata in variegate vicende patologiche, con conseguente diffusione osmotica del vizio dal concetto di nullità a quello di inesistenza, a discapito di una sua possibile identità.

Peraltro, come visto, tali evenienze sono giustificate dalla specifica impronta sistematica del codice di rito in tema di invalidità, ove il principio di tassatività recede al

cospetto di un'ampia discrezionalità affidata all'interprete (arg. ex art. 156, co. 2, c.p.c.): ragion per cui non sembra ricavabile alcuna ulteriore categoria di vizi rispetto a quelli già tipizzati di nullità ed inesistenza giuridica.

Il risultato, in risposta al primo quesito della presente ricerca, è dunque che l'abnormità non può assumere alcuna rilevanza autonoma all'interno del sistema delle invalidità processuali civili.

In secondo luogo, la peculiarità del fenomeno nel diritto processuale civile ha comportato la necessità di effettuare indagini sul piano dinamico, ovvero a prescindere dai profili di invalidità (nullità o inesistenza giuridica) che la parte potrà far valere in sede di impugnazione.

A tal proposito, si è rivelato utile isolare, fra l'amalgama delle «abnormità», quelle anomalie che il provvedimento del giudice civile comporta in tema di impugnabilità oggettiva, cioè nei casi in cui, posto un generale contrasto fra forma e sostanza insito nel provvedimento emanato, risulta incrinato il fisiologico rapporto che lega una determinata statuizione al suo specifico mezzo di contestazione. Su tutti, l'errore nella scelta della forma con cui adottare un provvedimento, che come osservato risulta *discrasico* (sentenza anziché ordinanza o decreto, e viceversa).

Per dirimere tali interrogativi in giurisprudenza è stata innanzitutto prospettata la teoria della prevalenza della sostanza sulla forma: stando a questa soluzione, riflesso di una spiccata esigenza di giustizia sostanziale, la parte è tenuta ad individuare il mezzo di impugnazione con esclusivo riferimento all'effettiva materia trattata.

Parte della dottrina ha rimodulato tale principio, in quanto alla luce dell'assetto del codice di rito è corretto parlare di prevalenza del regime giuridico astrattamente previsto per legge per una data fattispecie, rispetto al concreto operato del giudice.

Viceversa, pur muovendo dai medesimi presupposti logici, altra parte della dottrina ha invertito i termini della questione in ossequio a ragioni di certezza giuridica ed affidamento della parte, con il risultato di concedere rilevanza al regime giuridico discendente dalla forma del provvedimento effettivamente adottata dal giudice.

Infine, l'attenzione è stata posta su un meccanismo ibrido di matrice principalmente tedesca (c.d. principio del *Meistbegünstigung*), da taluno invocato per risolvere siffatte problematiche. Il fulcro sul quale poggia questa teoria è che la parte non può subire alcun pregiudizio dalla condotta del giudice: ne deriva che, nei casi in

cui la decisione anomala risulta concretamente impugnabile con strumenti diversi rispetto a quelli astrattamente previsti, la parte può scegliere liberamente, fra i diversi rimedi, quale percorrere. Ad ogni modo, tale soluzione non ha avuto alcun seguito; ciò a ragione, in quanto il compromesso raggiunto sul modo di individuazione del mezzo di impugnazione non risolve, anzi posticipa, le problematiche che l'emanazione di un provvedimento anomalo è comunque idonea a creare.

Orbene, dopo aver diffusamente analizzato le varie impostazioni, sia a livello teorico che applicativo, si è ritenuto preferibile enunciare, in risposta al secondo quesito di questa ricerca, il principio per cui il vizio presente nel provvedimento emanato dal giudice, quale che sia la sua entità, non può in alcun modo sottrarre la decisione dal regime giuridico astrattamente previsto per legge.

Tale soluzione, infatti, oltre a porsi in linea con il complessivo impianto sistematico del codice di rito (principio di tassatività dei mezzi di impugnazione *in primis*), risulta altresì utile per neutralizzare in radice ogni possibile condizionamento del rapporto fra provvedimento e sua impugnabilità, con evidenti pregiudizi per le parti in causa.

Nello specifico, per i casi di provvedimento *discrezionale* l'individuazione del regime giuridico deve avvenire concedendo rilevanza alla disciplina che il codice ricollega ad un determinato esercizio di potere del giudice, a prescindere dal modulo con cui esso venga esternato: non esiste infatti un potere «di sentenza» o «di ordinanza», ma semmai un potere decisorio o istruttorio, il cui esercizio può essere agevolmente riscontrato nella parte precettiva del provvedimento.

Con riferimento ai procedimenti speciali è stato poi precisato che qualora il mezzo di impugnazione non sia stato indicato nel codice di rito, il regime giuridico del provvedimento si ricava in dipendenza del tipo di tutela giurisdizionale che il giudice è in grado di fornire alle parti, vista la corrispondente attribuzione di potere conferitagli dal legislatore.

Dalle osservazioni appena effettuate deriva che, qualora il modulo diverso dalla sentenza possieda in astratto le caratteristiche della decisorietà e definitività, a prescindere dall'anomalia della decisione la parte potrà esperire il consueto ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111 Cost.*, in ossequio a quel medesimo principio di tassatività dei mezzi di impugnazione che il sistema processuale nel suo insieme

contempla. Viceversa, ove la natura del procedimento non sia di tipo giurisdizionale decisorio resta ferma la possibilità di invalidare in ogni tempo il provvedimento emanato, mediante apposita azione di mero accertamento negativo ovvero in sede di opposizione all'eventuale esecuzione intrapresa.

Inoltre, è stato evidenziato che tali principi generali valgono per tutte le fattispecie di provvedimento nullo *non discrasico*, cioè quando il provvedimento risulta viziato ma non presenta un contrasto fra forma e sostanza tale da riflettersi sul piano dell'impugnazione oggettiva. Si pensi ad esempio all'emanazione di un provvedimento nell'ambito dei procedimenti speciali in assenza degli specifici presupposti: ivi, come visto, si assiste ad un erroneo accertamento del giudice denunciabile *ex art. 161, co. 1, c.p.c.*, non essendo necessario – né corretto – ricorrere alle elaborazioni in tema di impugnazione del provvedimento «abnorme».

Tali conclusioni valgono infine per le restanti ipotesi di invalidità del provvedimento *sub specie* di inesistenza giuridica, con la precisazione che in questi casi, in ragione della gravità del vizio, la tutela della parte è estesa alla possibilità di esperire, dopo la decadenza del termine per impugnare la decisione astrattamente idonea al giudicato, anche un'apposita *actio nullitatis*.

Le conclusioni finora esposte sono risultate altresì coerenti con i casi in cui la giurisprudenza, considerata pur sempre una generica anomalia del provvedimento, propugna l'applicazione del principio dell'apparenza declinato nei canoni processuali. Evenienza che si verifica quando il giudice abbia adottato uno specifico tipo di decisione (ad esempio sentenza su opposizione all'esecuzione piuttosto che agli atti esecutivi) per un errore di qualificazione della tutela richiesta dalle parti in giudizio; errore potenzialmente idoneo a compromettere le sorti giuridiche della decisione emanata (appello o ricorso per cassazione).

Per queste ipotesi si è ritenuto di aderire alla soluzione fornita in giurisprudenza, con la conseguenza che la parte dovrà impugnare il provvedimento utilizzando il rimedio ricavabile dalla qualificazione espressamente fornita dal giudice in decisione. Ad ogni modo, la legittimità di tale impostazione non si basa affatto sulle ragioni dell'apparenza in opposizione a quelle di giustizia sostanziale, bensì sull'autonomo principio di vincolatività dell'accertamento effettuato dal giudice fintantoché il provvedimento non venga invalidato. Ed in effetti, indicare in sentenza il tipo di tutela

fornito significa effettuare un accertamento a carattere processuale circa l'ambito oggettivo della controversia promossa dalle parti.

Da ultimo, è stata isolata la casistica del *procedimento anomalo*, ovvero quando il rito della controversia di primo grado non corrisponde alla materia effettivamente trattata. Ivi si è concluso per l'applicabilità della regola dell'ultrattività del rito: dunque, la parte dovrà individuare il mezzo di impugnazione sulla base del provvedimento emanato a conclusione del procedimento seguito, pur se erroneo. Ad ogni modo, in questa sede la prevalenza della situazione apparente trova fondamento nel più ampio principio processuale per cui compete esclusivamente al giudice il potere di mutare in sede di impugnazione il rito reputato erroneo.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ACONE M., *Note sul giudizio di divisione per stralcio di quota*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1961, p. 131.

ACONE M., *Riflessioni sul rapporto tra la correzione degli errori materiali ed i mezzi di impugnazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1980, p. 1297.

ALIMENA B., *La revisione*, in *Studi di procedura penale*, Torino, 1906.

ALLORIO E., *Apparenza giuridica e cosa giudicata*, in *Giur. It.*, 1938, I, 2, p. 293.

ALLORIO E., *Giudizio divisorio e sentenza parziale con pluralità di parti*, in *Giur. It.*, 1946, I, 1, p. 79.

ALLORIO E., *Per una nozione del processo cautelare*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1936, I, p. 18.

ALLORIO E., *Processo e apparenza giuridica*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1940, p. 69.

ALLORIO E., *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1948, p. 500.

ALOISI U., *Applicazioni giurisprudenziali sui nuovi codici*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1935, p. 449.

ALOISI U., voce *Impugnazioni nel processo penale*, in *N.vo Dig. It.*, IV, Torino, 1938, p. 855.

ALOISI U., *L'eccesso di potere in materia penale*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1939, p. 129.

ALOISI U., *Manuale pratico di procedura penale*, III, Milano, 1952, p. 44.

ALOISI U. – MORTARA L., *Commento al codice di procedura penale. Dei mezzi di impugnazione*, VII, Torino, 1924, *sub* artt. 509 e 534.

ALOISI U. – MORTARA L., *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, II, Torino, 1915, *sub* artt. 509 e 534.

ALONZI F., *I poteri del giudice dell'archiviazione: verso il definitivo assestamento interpretativo?*, in *Cass. Pen.*, 2014, 6, p. 2043.

AMBROSOLI L., voce *Provvedimenti del giudice (diritto processuale penale)*, in *Dig. Disc. Pen.*, X, Torino, 1995, p. 437.

AMORTH A., *Il contenuto giuridico della Costituzione*, Modena, 1946.

- AMORTH A., *La Costituzione italiana*, Milano, 1948.
- ANDOLINA I., *Contributo alla dottrina del titolo esecutivo*, Milano, 1982.
- ANDOLINA I., *Note sull'oggetto del giudizio divisorio*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1960, II, p. 589.
- ANDOLINA I., *Profili della nuova disciplina dei provvedimenti cautelari in generale*, in *Foro It.*, 1993, V, p. 66.
- ANDOLINA I. – VIGNERA G., *Il modello costituzionale del processo civile di cognizione*, Torino, 1997.
- ANDRIOLI V., *Commento al codice di procedura civile*, Napoli, 1941 – 1964.
- ANDRIOLI V., *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979.
- ANDRIOLI V., *Intorno alla frode alla legge nel processo*, in *Scritti per Carnelutti*, II, p. 632.
- ANDRIOLI V., *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1959.
- ANDRIOLI V., *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1973.
- ANDRIOLI V., voce *Ordinanza (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 945.
- ANGELETTI R., *L'abnormità dell'atto*, in *Le invalidità in generale delle prove e dei mezzi di prova*, Torino, 2005, p. 156.
- ANGELETTI R., *L'inesistenza giuridica dell'atto*, in *Le invalidità in generale delle prove e dei mezzi di prova*, I, Torino, 2005, p. 148.
- ANGELONI V., nota a *Cass. Pen. Sez. Un., Sent. 22 giugno 2009*, in *Giur. It.*, 2010, 6, p. 1426.
- ANNUNZIATA M., *Ancora sulla struttura del procedimento possessorio e sui mezzi di impugnazione (brevi note)*, in *Giur. It.*, 1999, p. 505.
- ANNUNZIATA M., *L'ordinanza che chiude il procedimento possessorio è abnorme e ricorribile per cassazione*, in *Dir. e Giur.*, 1998, p. 85.
- ANNUNZIATA M., *L'ordinanza "secca" in materia possessoria è provvedimento abnorme?*, in *Giur. It.*, 1998, II, p. 2254.
- ANSANELLI V., *Appellabilità dell'ordinanza di convalida di sfratto illegittimamente emessa*, in *Giur. It.*, 2001, p. 1384.
- ANSELMIBLAAS V., *Il procedimento per convalida di licenza o di sfratto*, Milano, 1963.

ANSELMI BLAAS V., *Impugnazione di ordinanza di convalida di licenza o sfratto pronunciata fuori dei casi prescritti dalla legge*, in *Giur. It.*, 1962, I, 1, p. 172.

ANTOLISEI F., *La sentenza volutamente contraddittoria*, in *Giust. Pen.*, 1942, IV, p. 57.

APICELLA G., voce *Nullità in genere*, in *Dig. It.*, XVI, Torino, 1911, p. 509.

APRILE E., *Le impugnazioni penali*, Milano, 2004.

ARICÒ G., *L'ordinanza nel processo penale*, Napoli, 1974.

ARIETA G., *Problemi e prospettive in tema di reclamo cautelare*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1997, p. 426.

ARIETA G., *Reclamabilità del provvedimento di rigetto e struttura del reclamo cautelare*, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 2033.

ASCARELLI T., *Inesistenza e nullità*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1956, p. 62.

ATTARDI A., *Le ordinanze di condanna nel giudizio ordinario di cognizione di 1° grado ecc.*, in *Giur. It.*, 1992, IV, p. 1.

ATTARDI A., *Diritto processuale civile*, I, Padova, 1994.

ATTARDI A., *In tema di questioni pregiudiziali e giudicato*, in *Studi in memoria di Guicciardi*, I, p. 432.

ATTARDI A., *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991.

AUGENTI G. P., *Lineamenti del processo di revisione*, Padova, 1949.

AULETTA F., *La nullità (sanabile) della sentenza che manca della sottoscrizione di «un» giudice*, in *Foro It.*, 2014, I, p. 2078.

AULETTA F., *Nullità e inesistenza degli atti processuali civili*, Padova, 1999.

AULETTA F., *Sottoscrizione mancante, sottoscrizioni insufficienti: precisazioni sull'art. 161, 2° comma, c.p.c.*, in *Giust. Civ.*, 2001, I, p. 935.

AULETTA F., *Sulla correzione della sentenza sottoscritta dal presidente e dall'estensore ma priva dell'indicazione del nome del terzo magistrato*, in *Giust. Civ.*, 1999, I, p. 796.

AZZARITI G., *La nuova costituzione e l'abrogazione delle norme che limitano le impugnative*, in *Foro It.*, 1948, IV, p. 38.

AZZARITI G., *Natura processuale e non negoziale dell'ordinanza di esecutorietà del progetto di divisione non impugnabile*, in *Giust. Civ.*, 1987, p. 1390.

AZZOLINA U., *Impugnabilità in cassazione dei provvedimenti di contenuto decisorio non aventi veste forale di sentenza*, in *Giur. It.*, 1954, I, 1, p. 453.

BALENA G., *Ancora sull'abuso della sentenza inesistente (in merito ad una singolare vicenda giudiziaria calabrese)*, in *Foro It.*, 1989, I, p. 245.

BALENA G., *In tema di inesistenza, nullità assoluta ed inefficacia delle sentenze*, in *Foro It.*, 1993, I, p. 179.

BALENA G., *La rimessione della causa al primo giudice*, Napoli, 1984.

BALENA G., *Le conseguenze dell'errore sul modello formale dell'atto introduttivo (traendo spunto da un obiter dictum delle Sezioni unite)*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2011, p. 647.

BALENA G., *Le novità relative all'appello nel d.l. n. 83/2012*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2013, p. 335.

BALENA G., *Onere di contestazione delle avverse allegazioni*, in *Guida al diritto*, 2009, 27, p. 110.

BALENA G., *Provvedimenti sommari esecutivi e garanzie costituzionali*, in *Foro It.*, 1998, I, p. 1541.

BALENA G., *Sull'errore (talora assai dubbio) concernente la forma dell'atto di impugnazione*, in *Il Giusto Proc. Civ.*, 2014, p. 1120.

BALENA G., *Sulla pretesa inesistenza della sentenza resa dal giudice irregolarmente costituito*, in *Foro It.*, 1986, I, p. 521.

BALENA G. – BOVE M., *Le riforme più recenti al processo civile*, Bari, 2006.

BALLATI F. – MARINO A., *Il procedimento di convalida di sfratto*, Padova, 2007.

BARGI A., *Controllo di Legittimità ed errore di fatto nel giudizio di cassazione*, Padova, 2004.

BARGI A., *Il ricorso per cassazione*, in *Le impugnazioni penali*, II, Torino, 1998, p. 554.

BARGIS M. – BELLUTA H., *Impugnazioni penali. Assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Torino, 2013, p. 261.

BARONE C. M., *Inosservanza del rito del lavoro in primo grado e termine per l'appello*, in *Foro It.*, 1980, IV, p. 19.

BARONE C. M., *Intorno ai provvedimenti giurisdizionali decisorii rivestiti della forma dell'ordinanza*, in *Foro It.*, 1960, I, p. 812.

- BASILICO G., *Il potere di revoca del giudice civile*, Camerino, 1999,
- BASILICO G., *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, Padova, 2001.
- BASILICO G., voce *Provvedimenti del giudice*, in *Dir. on line Treccani*, 2012.
- BASILICO G. – CIRULLI M., *Le condanne anticipate nel processo civile di cognizione*, Milano, 1998
- BASSI F., *Lo straripamento di potere (profilo storico)*, *Riv. Trim Dir. Pubbl.*, 1964, p. 245.
- BATTAGLIA A., *Restituzione degli atti al P.M., rinvio a nuovo ruolo, e impugnazione delle erronee ordinanze*, in *Riv. Pen.*, 1950, II, p. 176.
- BATTAGLINI E., *Ancora sull'art. 111 della Costituzione*, in *Giust. Pen.*, 1950, III, p. 145.
- BATTAGLINI E., *Ancora sull'impugnazione di sentenze inesistenti*, in *Giust. Pen.*, 1950, III, p. 276.
- BATTAGLINI E., *Appunti sulla applicazione pratica dell'art. 111 secondo comma della Costituzione*, in *Giust. Pen.*, 1950, III, p. 449.
- BATTAGLINI E., *Gli effetti dei vizi della costituzione del giudice nella sentenza penale*, in *Giust. Pen.*, 1956, III, p. 258.
- BATTAGLINI E., *La portata dell'art. 111, comma 2, della Costituzione*, in *Foro Pad.*, 1948, IV, p. 121.
- BATTAGLINI E., *Nullità e inesistenza degli atti processuali penali*, in *Giust. Pen.*, 1935, III, p. 394.
- BATTAGLINI E., *Osservazioni sulla sentenza giuridicamente inesistente*, in *Giust. Pen.*, 1952, III, p. 182.
- BATTAGLINI E., *Sentenza inesistente ed impugnazione*, in *Giust. Pen.*, 1947, III, p. 312.
- BATTISTA M., voce *Nullità degli atti di procedura*, in *Dig. It.*, XVI, Torino, 1905, p. 528.
- BELFIORE R., *Domanda di oblazione contestuale all'opposizione a decreto penale di condanna e proscioglimento immediato*, in *Cass. Pen.*, 2015, 9, p. 3096.
- BELLAVISTA G., *In tema di sentenza resa a non giudice e di ricorso straordinario per cassazione*, in *Riv. Dir. Proc. Pen.*, 1956, p. 256.
- BELLAVISTA G., *Lezioni di Diritto Processuale Penale Italiano*, Milano, 1956.

- BELLAVISTA G., *Sentenza di cassazione inesistente*, in *Arch. Pen.*, 1954, p. 304.
- BELLAVISTA M., *In tema di sentenze con contenuto di ordinanze*, in *Giur. It.*, 1964, II, p. 365.
- BELLOCCHI A., voce *Abnormità (dir. proc. pen)*, in *Dig. Disc. Pen*, agg. IV, Torino, 2008.
- BELLOCCHI A., *L'abnormità*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da SPANGHER G., II, Torino, 2008, p. 469.
- BELLOCCHI A., *L'atto abnorme nel processo penale*, Torino, 2012.
- BELLOCCHI A., *Si amplia il catalogo dell'abnormità: l'indebita restituzione degli atti al p.m. per la rinnovazione del decreto di citazione a giudizio*, in *Giur. It.*, 2006, II, p. 1939.
- BENVENUTI F., *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1950, p. 29 ss.
- BERNARDINI P., *Sulla qualificazione giuridica del provvedimento con il quale il giudice di pace ha deciso la questione pregiudiziale relativa alla giurisdizione*, in *Giud. Pace*, 2006, p. 224.
- BERNIERI G., *La impugnabilità dei provvedimenti così detti abnormi*, in *Annali Dir. Proc. Pen.*, 1942, p. 669.
- BESSO C., *La sentenza civile inesistente*, Torino, 1997.
- BESSO C., *Omessa, parziale, sottoscrizione della sentenza e rinnovazione della decisione*, in *Corr. Giur.*, 2006, 10, p. 1435.
- BESSO C., *Omessa sottoscrizione della sentenza: possibili rimedi*, in *Giur. It.*, 2002, p. 1859.
- BESSO C., *Principio di prevalenza della sostanza sulla forma e requisiti formali del provvedimento: un importante revirement della Corte di cassazione*, in *Giur. It.*, 2007, IV, p. 947.
- BESSONE M. – DI PAOLO M., voce *Apparenza*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988, p. 1.
- BETTI E., *Teoria generale dell'interpretazione*, ed. corretta ed ampliata, a cura di CRIFÒ G., Milano, 1990.
- BIANCHI D'ESPINOSA L., *I provvedimenti impugnati per cassazione per l'art. 111 Cost.*, in *Foro It.*, 1953, I, p. 1248.

BIANCHI D'ESPINOSA L., *L'art. 111 e le sentenze impugnabili con ricorsi per cassazione*, in *Foro Pad.*, 1951, IV, p. 121.

BIANCHI D'ESPINOSA L., *Ricorso per cassazione a norma dell'art. 111*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1957, p. 1034.

BOBBIO N., voce *Analogia*, in *N.ssimio Dig. It.*, I, Torino, 1957, p. 601.

BOBBIO N., *L'analogia nella logica del diritto*, Milano, 1938.

BOCCAGNA S., *Errore materiale e correzione dei provvedimenti*, Napoli, 2012.

BOCCIOLETTI C., *In tema di sottoscrizione di provvedimenti aventi contenuto di sentenza*, in *Giust. Civ.*, 2002, p. 2832.

BOLAFFI R., *Le teorie sull'apparenza giuridica*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1934, p. 148.

BONSIGNORI A., voce *Impugnazioni civili in generale*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, IX, Torino, 1993, p. 334.

BORASI I., *Riflessi di sistema sul processo penale*, in *Arch. N.va. Proc. Pen.*, 2012, 1, p. 14.

BOSCHI M., *In tema di provvedimenti abnormi*, in *Foro It.*, 1965, II, p. 322.

BOVE M., *Giudizio di fatto e sindacato della corte di cassazione: riflessioni sul nuovo art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *www.judicium.it*.

BOVE M., *La pronuncia di inammissibilità dell'appello ai sensi degli articoli 348 bis e 348 ter c.p.c.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2013, p. 394.

BRICCHETTI R., *L'eventuale celebrazione del rito speciale spetterà poi al giudice del dibattimento*, in *Guida Dir.*, 2003, 22, p. 70.

BRIGUGLIO A., *Un approccio minimalista alle nuove disposizioni sull'ammissibilità dell'appello*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2013, p. 578.

BRUNIALTI A., voce *Grazia*, in *Enc. Giur. It.*, VII, Roma, 1935, p. 515.

BRUNO O., *L'ammissibilità del giudizio abbreviato*, Padova, 2007.

BRUTTI M., voce *Invalidità (storia)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972.

BUCCI A. – CRESCENZI M., *Il procedimento per convalida di sfratto: la sanatoria della morosità, la tutela del terzo detentore, il procedimento ex art. 30 della Legge n. 392 del 1978, il decreto ingiuntivo sui canoni*, Padova, 1990.

BUFFONE G., *Il fatto non specificamente contestato, è provato*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2009, p. 2506.

BUZANO P., *Rimedi processuali alla definizione non contenziosa del giudizio di divisione*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2013, p. 253.

CABIALE A., *Una interessante pronuncia su abnormità e diniego della richiesta di giudizio abbreviato semplice*, in www.penalecontemporaneo.it.

CAIANI L., voce *Analogia*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 362.

CAIANIELLO M., *Sulla abnormità della sentenza emessa dal giudice collegiale senza ritirarsi in camera di consiglio*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 3964.

CALAMANDREI P., *Il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Milano, 1926.

CALAMANDREI P., *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936.

CALAMANDREI P., *La Cassazione civile*, Torino, 1920.

CALAMANDREI P., *La genesi logica della sentenza civile*, Firenze, 1914.

CALAMANDREI P., *Questioni sull'ammissibilità dei lodi parziali e sulla loro impugnazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1948, II, p. 270.

CALAMANDREI P., *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1951, p. 112.

CALAMANDREI P., *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *Opere Giuridiche*, Napoli, 1979, VIII, p. 245.

CALAMANDREI P. – FURNO C., voce *Cassazione civile*, in *N.ssimio Dig. It.*, II, Torino, 1958, p. 1053.

CALCATERRA G., voce *Analogia*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1990, p. 1.

CALDA A., *Le nullità assolute della sentenza civile*, Roma, 1908.

CALDERONE R. C. – LEMBO C., *Verso un nuovo concetto di inesistenza giuridica?!*, in *Cass. Pen.*, 1976, p. 170.

CALIFANO G. P. – PERAGO C., *Le impugnazioni civili*, Torino, 1999.

CALVOSA C., *Il processo cautelare. I sequestri e i provvedimenti d'urgenza*, Torino, 1970.

CALVOSA C., *La tutela cautelare: profilo sistematico*, Torino, 1963.

- CALVOSA C., *Omissione di pronuncia e cosa giudicata*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1950, I, p. 225.
- CAMERINI G., voce *Grazia (profili penali e processuali)*, in *Dig. Disc. Pen.*, VI, Torino, 1997, p. 47.
- CANALE G., *Errore nella qualificazione dell'arbitrato ed impugnazione del lodo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, p. 454.
- CANTONE R., *Note minime a proposito del provvedimento abnorme*, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 184.
- CANTONE R., *Puntualizzazioni sull'abnormità*, in *Cass. Pen.*, 1998, II, p. 1665.
- CAPITANI F. G., *Questa archiviazione non s'ha da fare... cosa può e cosa non può fare il gip che intende rigettare la richiesta di archiviazione del pm*, in *Dir. e Giust.*, 2016, 15, p. 91.
- CAPONE A., *Per una dogmatica dell'abnormità*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, I, p. 68.
- CAPONI R., *Contro il nuovo filtro in appello e per un filtro in cassazione nel processo civile*, in www.judicium.it.
- CAPONI R., *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale (L. n. 80 del 2005)*, in *Foro It.*, I, 2006, p. 137.
- CAPONI R., *Oltre la fattispecie anche nei recessi della procedura: aspetti in tema di notificazione e di rimessione in termini (nel giudizio di cassazione)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2008, p. 1731.
- CAPPELLETTI M., *nota ad App. Palermo, 9 aprile 1952*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1952, p. 143.
- CAPPONI B., *Alcuni problemi sul contraddittorio e processo esecutivo (alla luce del nuovo art. 111 della Costituzione)*, in *Riv. Es. Forz.*, 2001, I, p. 28.
- CAPPONI B., *L'omesso esame del n. 5) dell'art. 360 c.p.c. secondo la Corte di Cassazione*, ora in www.judicium.it.
- CAPPONI B., *Lineamenti del processo esecutivo*, Torino, 2008.
- CAPPONI B. – SASSANI B. – STORTO A. – TISCINI R. (a cura di), *Il processo esecutivo*, Torino, 2014.
- CARBONE E., *È ricorribile l'ordinanza che dichiara esecutivo il progetto divisionale?*, in *Corr. Giur.*, 1995, p. 450.

- CARDI E. – COGNETTI S., voce *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, Torino, 1990, p. 341.
- CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1947.
- CARIOTA FERRARA L., *L'annullabilità assoluta*, in *Foro It.*, 1939, IV, p. 50.
- CARNELUTTI F., *Appunti sulla motivazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1951, II, p. 88.
- CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, Milano, 1958.
- CARNELUTTI F., *Eccesso di potere*, in *Riv. It. Dir. Proc. Civ.*, 1924, I, p. 33.
- CARNELUTTI F., *Eccesso di potere legislativo*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1947, II, p. 193.
- CARNELUTTI F., *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1955, p. 210.
- CARNELUTTI F., *Istituzioni del processo civile italiano*, II, 5^a ed., Roma, 1956.
- CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, Padova, 1926.
- CARNELUTTI F., *Meditazioni sul processo divisorio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1947, II, p. 22.
- CARNELUTTI F., *Omessa sottoscrizione della sentenza*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1954, II, p. 8.
- CARNELUTTI F., *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1938.
- CARNELUTTI F., *Titolo esecutivo e scienza del processo*, in *Studi di diritto processuale*, IV, Padova, 1939, p. 127.
- CARRATTA A., *A proposito dell'onere di «prendere posizione»*, in *Giur. It.*, 1997, p. 151.
- CARRATTA A., *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995.
- CARRATTA A., *Incompetenza del giudice d'appello e translatio iudicii: la parola alle Sezioni unite*, in *Giur. It.*, 2016, p. 1616.
- CARRATTA A., *Le Sezioni Unite e i limiti di ricorribilità in Cassazione dell'ordinanza sul filtro in appello*, in *Giur. It.*, 2016, 6, p. 1376.
- CARRATTA A., *Ordinanza sul «filtro» in appello e ricorso per cassazione*, in *Giur. It.*, 2014, p. 1112.
- CARRATTA A., voce *Ordinanze anticipatorie di condanna (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, 1995, p. 1.

CARRATTA A., *Principio della non contestazione e art. 115 c.p.c.*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani*, Roma, 2012, p. 630.

CARRATTA A., *Principio della non contestazione e limiti di applicazione nei processi su diritti indisponibili*, in *Fam. Dir.*, 2010, p. 571.

CARRATTA A., voce *Processo camerale (dir. proc. civ.)*, in *Annali Enc. Dir.*, III, Milano, 2010, p. 928.

CARRATTA A., voce *Processo sommario (dir. proc. civ.)*, in *Annali Enc. Dir.*, II, Milano, 2008, p. 87.

CARRATTA A., *Provvedimenti cameral-sommari, «decisorietà» e ricorso in cassazione*, in *Fam. Dir.*, 2007, p. 128.

CARRATTA A., *“Sostanza” del provvedimento abnorme e impugnazioni: le “sopravvalutazioni formalistiche” della cassazione*, in *Corr. Giur.*, 2002, 12, p. 1594.

CARRATTA A., *Sul provvedimento giudiziale c.d. abnorme e sui limiti della prevalenza della “sostanza” sulla “forma”*, in *Giur. It.*, 2000, p. 924.

CASSANO G., *L'apparenza del diritto fra dottrina e giurisprudenza: i principi*, in *Contratti*, 2002, p. 1169.

CASSIANO A., *Elementi diritto processuale penale*, Milano, 1933.

CASTRO S., *Con l'applicazione del principio di apparenza assicurate maggiori garanzie ai cittadini*, in *Giuda Dir.*, 2011, 6, p. 73.

CATALANO E. M., *Giurisprudenza creativa nel processo penale italiano e nella common law: abnormità, inesistenza e plain error rule*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1996, I, p. 299.

CATALANO M., *Il concetto di abnormità fra problemi definitori ed applicazione giurisprudenziale*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2000, p. 1240.

CATAUDELLA F., voce *Negozio giuridico (invalidità e inefficacia)*, in *Enc. For.*, V, 1960, p. 36.

CECCHIELLA C – CAPPONI B. – VACCARELLA R., *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992.

CENTOFANTI F., *Conseguenze della mancata contestazione da parte del convenuto dei fatti dedotti dall'attore*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, p. 812.

CERINO CANOVA A., *Correzione del progetto di divisione dichiarato esecutivo (art. 789 codice di procedura civile)*, in *Giur. It.*, 1976, I, p. 201.

CERINO CANOVA A., *Le impugnazioni civili*, Milano, 1970.

CERINO CANOVA A., *Ordinanza con contenuto di sentenza e sottoscrizione del provvedimento*, in *Giur. It.*, 1981, I, 1, p. 277.

CERINO CANOVA A., *Sul contenuto della sentenza non definitiva di merito*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1971, p. 426.

CERINO CANOVA A. – CONSOLO C., voce *Impugnazioni: I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Giur.*, XVIII, Roma, 1993, p. 1.

CERINO CANOVA A. – CONSOLO C., voce *Inammissibilità e improcedibilità (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1993, p. 1.

CHIARINI M. C., *La revocazione e le altre impugnazioni esperibili avverso l'ordinanza di convalida di sfratto di cui all'art. 663 c.p.c.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1997, p. 594.

CHIARLONI S., voce *Appello (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1988, p. 1.

CHIARLONI S., *In difesa della nomofiliachia*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1992, p. 123.

CHIARLONI S., *Un caso di conflitto tra funzione nomofilattica e legittimo affidamento delle parti processuali (in tema di forma dovuta e forma elettiva dei provvedimenti possessori definitivi)*, in *Giur. It.*, 1999, p. 2243.

CHIAVARIO M. (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, Torino, 1990.

CHIAVARIO M., *Diritto processuale penale*, 6ª ed., Torino, 2015.

CHIAVARIO M. – MARZADURI E. (diretto da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale. Le Impugnazioni*, Torino, 2005.

CHIEPPA R., *Sulla natura del provvedimento secondo il contenuto sostanziale*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1951, III, p. 717.

CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1934 – 1935.

CHIOVENDA G., *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in *Saggi Dir. Proc. Civ.*, Bologna, 1904, p. 191.

CHIOVENDA G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1919, p. 663.

CHIZZINI A., *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova, 1994.

CHIZZINI A., voce *Provvedimenti del giudice*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, XXVI, Torino, 1997.

CHIZZINI A., voce *Sentenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, XVIII, Torino, 1998, p. 292.

CIACCIA CAVALLARI B., *La contestazione nel processo civile*, I, Milano, 1992

CIACCIA CAVALLARI B., *La rinnovazione nel processo di cognizione*, Milano, 1981.

CIANNI F., *Contrasto fra forma e contenuto di un provvedimento giurisdizionale e limite processuale per la proposizione dell'istanza di rettifica o annullamento del medesimo*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1955, 3, p. 337.

CIRAOLO G., *La sentenza penale apparente*, in *Riv. Dir. Proc. Pen.*, 1957, p. 112.

COGNETTI S., voce *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I, agg., Torino, 2012.

COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

COMOGLIO L. P. – CONSOLO C. – SASSANI B. – VACCARELLA R. (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, III, Milano, 2012.

COMOGLIO L. P. – FERRI C. – TARUFFO M., *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1995.

COMOGLIO L. P. – FERRI C. – TARUFFO M., *Lezioni sul processo civile*, 2^a ed., Bologna, 1998.

COMOGLIO L. P. – FERRI C. – TARUFFO M., *Lezioni sul processo civile*, 5^a ed., Bologna, 2011.

CONIGLIO A., *Il sequestro giudiziario e conservativo*, 3^a ed., Milano, 1949.

CONIGLIO A., *Nullità della sentenza ed errori materiali*, in *Foro It.*, 1948, II, p. 614.

CONSO G., voce *Atti processuali penali*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 141.

CONSO G., *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955.

CONSO G., *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1972.

CONSO G., *Il regime dei vizi delle sentenze di cassazione*, in *Giur. It.*, 1955, IV, p. 131.

CONSO G., *La sanatoria delle nullità assolute nell'odierno processo penale*, in *Riv. Dir. Proc. Pen.*, 1956, p. 526.

CONSO G., *Prospettive per un inquadramento delle nullità processuali civili*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, p. 112.

CONSO G., *Questioni nuove di procedura penale*, Milano, 1959, p. 220.

CONSO G., *Sull'abuso del concetto di atto processuale inesistente*, in *Giur. It.*, 1951, II, p. 30.

CONSO G. – GREVI V., *Compendio di procedura penale*, 5^a ed., Padova, 2010.

CONSO G. – GREVI V. – BARGIS M., *Compendio di procedura penale*, 7^a ed., Padova, 2014.

CONSO G. – ILLUMINATI G. (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2^a ed., Padova, 2014.

CONSOLO C., *Attese e problemi sul nuovo art. 186-quater (fra condanna interinale e sentenza abbreviata)*, in *Corr. Giur.*, 1995, p. 1412.

CONSOLO C., *Convalida di sfratto – cassazione – e revocazione: dall'errore di fatto al dolo (come era nelle previsioni)*, in *Giur. It.*, 1995, I, 1, p. 1995.

CONSOLO C., voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, VII, Torino, 1998, p. 80.

CONSOLO C., *Il reclamo cautelare e la parità delle armi rinnovata (e dei corollari che ne discendono, anche in tema di giudizio possessorio)*, in *Corr. Giur.*, 1994, p. 948.

CONSOLO C., *La rimessione in primo grado e l'appello come gravame sostitutivo (una disciplina in crisi)*, in *Jus*, 1997, p. 83.

CONSOLO C., *La sottoscrizione manchevole, ma non mancante («omessa») in una prospettiva neo – processual – civilista*, in *Corr. Giur.*, 2014, p. 893.

CONSOLO C., *Nuovi ed indesiderabili esercizi normativi sul processo civile: le impugnazioni a rischio di svaporamento*, in *Corr. Giur.* 2012, p. 1135.

CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 10^a ed., Padova, 2015.

CONSOLO C. (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Padova, 5^a ed., 2013.

CONSOLO C. – CHIARLONI S. (a cura di), *I procedimenti sommari e speciali*, Torino, 2005.

CONSOLO C. – LUISO F. P. (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, 2^a ed., Vicenza, 2000.

CONSOLO C. – LUISO F. P. (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, 4^a ed., Vicenza, 2010.

CONSOLO C. – LUISO F. P. – SASSANI B., *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996.

CONTI C., *Nullità e inutilizzabilità: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 1654.

CONTI U. (diretto da), *Il codice di procedura penale illustrato articolo per articolo*, I, Milano, 1937.

CORDA M., *Sospensione del processo per incapacità mentale dell'imputato preesistente al reato: provvedimento abnorme*, in *Giust. Pen.*, 1966, III, p. 333.

CORDERO F., *Guida al codice di procedura penale*, Torino, 1986, p. 405.

CORDERO F., *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966.

CORDERO F., *L'accertamento dell'inesistenza della sentenza penale*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1959, p. 673.

CORDERO F., *L'inesistenza della decisione giudiziaria (rilievi in merito ad un recente contributo giurisprudenziale all'inquadramento del problema)*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1957, p. 602.

CORDERO F., *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1956.

CORDERO F., *Nullità, sanatorie, vizi innocui*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1961, p. 680.

CORDERO F., *Procedura penale*, 3^a ed., Milano, 1995.

CORDERO F., *Procedura penale*, 8^a ed., Milano, 2006.

CORDERO F., *Procedura penale*, 9^a ed., Milano, 2012.

COREA U., *Regime impugnatorio e principio dell'apparenza nel processo esecutivo*, in *Giust. Civ.*, 1999, I, p. 1434.

CORSINI F., *Il reclamo cautelare*, Torino, 2002.

CORSO P. M. – DOMINIONI O. – FILIPPI L. – GAITO A. – GALANTINI M. N. – GARUTI G. – MAZZA O. – SPANGHER G. – VARRASO G. – VIGONI D., *Procedura penale*, Torino, 2010.

CORTESANI E., *Le innovazioni relative ai provvedimenti del giudice e la mutata struttura del processo civile*, in *Giur. It.*, 1950, IV, p. 112..

COSTA S., voce *Divisorio (giudizio)*, in *N.ssimio Dig. It.*, VI, Torino, 1960, p. 59.

COSTA S., *Sulla invalidità della sentenza pubblicata ma non redatta né sottoscritta*, in *Annali Dir. Proc. Pen.*, 1941, p. 3.

COSTANTINO G., *Le riforme dell'appello civile e l'introduzione del filtro*, in *www.treccani.it*.

CRISAFULLI V., *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione*, in *Scritti in memoria di Luigi Cosattini*, Trieste, 1948, p. 21.

CRISTIANI A., *La revisione del giudicato nel sistema del processo penale italiano*, Milano, 1970.

CRISTIANI A., *Manuale del nuovo processo penale*, Torino, 1989.

CUZZERI E., *Il codice italiano di procedura civile illustrato*, 2^a ed., V, Verona, 1891.

D'AGOSTINO G., *Impugnazione autonoma di ordinanza dibattimentale di rinvio agli atti al P.M., omessa formulazione della riserva e determinazione del mezzo*, in *Giust. Pen.*, 1953, III, p. 49.

D'AMELIO M., voce *Apparenza del diritto*, in *N.vo Dig. It.*, I, Torino, 1939, p. 550.

D'AMELIO M., voce *Apparenza del diritto*, in *N.ssim Dig. It.*, I, Torino, 1957, p. 714.

D'AMELIO M. – AZARA A., voce *Eccesso di potere*, in *N.ssim Dig. It.*, VI, Torino, 1962, p. 345.

D'ASCOLA P., *Convalida di sfratto e revocazione: i vari motivi e le possibili evoluzioni*, in *Giur. It.*, 1991, I, 1, p. 269.

D'ONOFRIO P., voce *Appello (diritto processuale civile)*, in *N.ssim Dig. It.*, I, Torino, 1962, p. 725.

D'ONOFRIO P., *Commento al nuovo codice di procedura civile*, I, Torino, 1957, p. 292.

D'ONOFRIO P., *Conseguenze della dichiarazione che il giudice abbia dato alla domanda come opposizione agli atti esecutivi anziché come opposizione all'esecuzione forzata*, in *Giur. It.*, 1961, I, 1, p. 356.

DALIA A. A. – FERRAIOLI M., *Manuale di diritto processuale penale*, 9^a ed., Vicenza, 2016.

DALIA A. A. – NORMANDO R., voce *Nullità degli atti processuali (diritto processuale penale)*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 1.

DE LA GRANGE K. A., *Essere e non essere della sentenza*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1952, p. 1236.

DE DIVITIIS P., *Sulla teoria del Meistbegündigung nel processo civile tedesco (forma e sostanza del provvedimento del giudice)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1993, p. 410.

DE DOMENICO L., *La suprema corte sbarra la strada alle contestazioni suppletive sostitutive*, in *Cass. Pen.*, 2016, 3, p. 1101.

DE GIOVANNI B., *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964.

DE GREGORIO G. G., *Alcune note intorno all'inutilizzabilità degli atti nel processo penale*, in *Cass. Pen.*, 1992, p. 1110.

DE LEONE U., *In tema di dispositivo, di cosa giudicata, e di sentenza abnorme*, in *Arch. Pen.*, 1956, II, p. 124.

DE MARSICO A., *Diritto processuale penale*, 4^a ed., Napoli, 1966.

DE MARSICO A., *Dogmatica e politica nella scienza del processo penale*, in *Nuovi studi di diritto penale*, Napoli, 1951, p. 98.

DE MARSICO A., *Lezioni di diritto processuale penale*, 3^a ed., Napoli, 1955.

DE NICOLA E., *Rimedi giuridici a una sentenza anormale*, in *Giust. Pen.*, 1942, IV, p. 52.

DE PAULI A., *Il reclamo nei confronti del provvedimento cautelare*, in www.csm.it.

DE PRIAMO F., voce *Inammissibilità*, in *Dig. Disc. Pen.*, VI, Torino, 1992.

DE RISIO A., *L'abnormità come patologia dell'atto processuale*, in *Giur. Pen.*, 2010, IV, p. 1086.

DE RISIO A., *L'abnormità nell'ordinamento processuale. Analisi delle fattispecie rilevanti*, in *Giur. Mer.*, 2010, p. 1086.

DE VALLES A., *Un concetto errato: gli atti giuridicamente inesistenti*, in *Foro It.*, 1953, I, p. 505.

DE VITA F., voce *Non contestazione (principio di)*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ., Agg.*, Torino, 2010, p. 832.

DE VITA F., *Onere di contestazione e modelli processuali*, Roma, 2012.

DEBENARDI E., *Sull'impugnazione del lodo reso in seguito ad un accordo compromissorio per arbitrato irrituale ed erroneamente qualificato come rituale dagli arbitri*, in *Riv. Arb.*, 2013, p. 931.

DEL CORE S., *Il principio di non contestazione nel processo civile: profili sistematici, riferimenti di dottrina e recenti acquisizioni giurisprudenziali*, in *Giust. Civ.*, 2004, II, p. 111.

DEL POZZO C. U., voce *Impugnazioni (diritto processuale penale)*, in *N.ssim Dig. It.*, VIII, Torino, 1965, p. 416.

DEL POZZO C. U., *L'art. 111 della Costituzione e l'impugnabilità oggettiva della sentenza di esecuzione del decreto penale*, in *Giust. Pen.*, 1952, III, p. 492.

DEL POZZO C. U., *La disciplina delle impugnazioni di provvedimento anormale nel nuovo ordinamento processuale*, in *Giust. Pen.*, 1958, III, p. 604.

DEL POZZO C. U., *Le impugnazioni penali. Parte generale*, Padova, 1951.

DEL POZZO C. U., *Legalità e giustizia*, in *Scuola Positiva*, 1939, p. 84.

DELOGU T., *Contributo alla teoria dell'inammissibilità nel diritto processuale penale*, Milano, 1938.

DELUCA G., *Nuove norme e vecchi problemi del procedimento per la liquidazione degli onorari agli avvocati*, in *Il Giusto Proc. Civ.*, 2013, p. 127.

DENTI V., *Commento all'art. 111*, in *Commentario della Costituzione (artt. 111-113)*, a cura di G. BRANCA, IV, Bologna, 1987, p. 1.

DENTI V., *Dall'azione al giudicato: temi del processo civile*, Padova, 1983.

DENTI V., *In tema di provvedimenti giudiziali anormali*, in *Giur. It.*, 1955, I, 2, p. 532.

DENTI V., voce *Inesistenza degli atti processuali civili*, in *N.ssim Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, p. 637.

DENTI V., *Interpretazione della sentenza civile*, Pavia, 1946.

DENTI V., voce *Invalidità (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, agg. 1, I, Milano, 1997, p. 709.

DENTI V., *Note sui provvedimenti non impugnabili nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1954, p. 10.

DENTI V., *Note sui vizi della volontà degli atti processuali*, Pavia, 1959.

DENTI V., voce *Nullità degli atti processuali civili*, in *N.ssim Dig. It.*, XI, Torino, 1962, p. 478.

DENTI V., voce *Poteri del giudice*, in *N.ssim Dig. It.*, XIII, Torino, 1957, p. 490.

DENTI V., voce *Procedimento civile (Atti del)*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 553.

DI BUGNO C., *L'impugnabilità oggettiva*, in CHIAVARIO M. MARZADURI E., *Le impugnazioni*, I, Torino, 2005, p. 2.

DI COLA L., voce *Giudizio di divisione*, in *www.treccani.it*.

DI COLA L., *L'impugnazione dell'ordinanza ex art. 789, comma 3, c.p.c. emessa nonostante la presenza di contestazioni*, in *Giur. It.*, 2013, p. 1625.

DI COLA L., *L'oggetto del giudizio di divisione*, Milano, 2011.

DI COLA L., *Sull'impugnazione dei provvedimenti pronunciabili nel giudizio di divisione: novità nella giurisprudenza della cassazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2011, p. 617.

DI FRANCESCO P., *Primi orientamenti sul «filtro» dell'inammissibilità in appello*, in *Corr. Giur.*, 2013, p. 976.

DI MARZIO M., *Il procedimento per convalida di licenza e sfratto*, Milano, 1998.

DI NATALE C., *Sentenze penali contro defunti*, in *Riv. Proc. Pen.*, 1960, p. 561.

DI PALMA E. M. T., *Inesistenza giuridica: categoria estrema ma irrinunciabile*, in *Cass. Pen.*, 1996, p. 2431.

DI PAOLO G., *Nullità processuali e sanatorie tra tassatività e tendenze antiformalistiche*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2014, 1, p. 246.

DIDONE A., *Impugnabilità del decreto di ammissione parziale del credito contestato*, in *Foro It.*, I, p. 421.

DIDONE A., *Insinuazione tardiva e impugnabilità in Cassazione del decreto del g.d.*, in *Fall.*, 1997, p. 291.

DIDONE A., *Note sull'appello inammissibile ex art. 348 bis c.p.c.*, in *Giur. It.*, 2013, p. 1632.

DINACCI U., *Una particolare specie d'invalidità: la inesistenza degli atti processuali penali*, in *Riv. Giur. Circ. Trasp.*, 1956, p. 254.

DOMINIONI O. – AMODIO E. (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1989, p. 257.

DONDINA M., *Il sistema delle nullità secondo il nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. Pen.*, 1932, p. 38.

DONDINA M., *Sulla pretesa differenziazione dei concetti di nullità e di inesistenza nel processo penale*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1935, p. 509.

DONZELLI R., *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l'attività di case management giudiziale*, in *Davanti al giudice*, a cura di LANFRANCHI L. – CARRATTA A., Torino, 2005, p. 515.

DONZELLI R., *La tutela dei diritti processuali violati nei procedimenti ablativi e limitativi della potestà parentale*, in *Fam. e Dir.*, 2004, II, p. 168.

DONZELLI R., *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008.

DONZELLI R., *Le sezioni unite e il “giusto processo” civile*, in *Corr. Giur.*, 2005, VII, p. 990.

DONZELLI R., *Sui rapporti tra sospensione interna ex art. 624 c.p.c. e sospensione esterna disposta dal giudice dell'impugnazione*, in *Corr. Giur.*, 2016, p. 695.

DONZELLI R., *Sul giusto processo civile regolato dalla legge*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, p. 942.

DONZELLI R., *Sul ricorso straordinario in cassazione avverso il decreto che omologa il concordato fallimentare in assenza di opposizioni*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, p. 203.

DUNI M., *Il procedimento per convalida di sfratto, anche nel caso di locazioni soggette a proposta legale*, Milano, 1957.

DUNI M., *Il procedimento per convalida di sfratto, anche nel caso di locazioni soggette a proroga legale*, 2^a ed., Milano, 1958.

ESCOBEDO G., *Ancora delle sentenze suicide*, in *Giust. Pen.*, 1942, IV, p. 189.

ESCOBEDO G., *Atto giudiziale inesistente ed amnistia*, in *Giust. Pen.*, 1938, IV, p. 680.

ESCOBEDO G., *Le sentenze suicide*, Milano, 1942.

ESCOBEDO G., *Limiti d'applicazione e critica dell'art. 190 c.p.p., con particolare riferimento alle sentenze in materia di contravvenzioni alla legge sismica*, in *Giust. Pen.*, 1935, IV, p. 81.

ESCOBEDO G., *Sentenze suicide in Corte d'assise*, in *Giust. Pen.*, 1941, IV, p. 177.

EVANGELISTA S., voce *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 154.

FABBRINI G., *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1974.

FABBRINI G., voce *Poteri del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XXXIV, Milano, 1985, p. 721.

FABIANI M., *Il valore probatorio della non contestazione del fatto allegato*, in *Corr. Giur.*, 2003, p. 1342.

FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941.

FALZEA A., *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1970.

FALZEA A., *Voci di teoria generale del diritto: accertamento, apparenza...*, 2^a ed., Milano, 1978.

FALZONE V. – PALERMO F. – COSENTINO F., *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata coi lavori preparatori*, Roma, 1948.

FASANO A., *Sulla opposizione immotivata del conduttore nel procedimento per convalida di licenza*, in *Giur. It.*, 1951, IV, p. 138.

FAVALLI M., *L'ammissibilità nel processo penale*, Milano, 1968.

FAZZALARI E., *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1956, p. 1304.

FAZZALARI E., voce *Giurisdizione volontaria (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 368.

FAZZALARI E., *Il giudizio civile in cassazione*, Milano, 1960, p. 56.

FAZZALARI E., *In tema di sanatoria dell'atto processuale per raggiungimento dello scopo*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1946, II, p. 169.

FAZZALARI E., *Procedimenti camerali e tutela dei diritti*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1988, p. 909.

FAZZALARI E., *Processo e giurisdizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1993, p. 1.

FAZZALARI E., voce *Processo (teoria generale del)*, in *N.ssimio Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, p. 1069.

FAZZALARI E., voce *Provvedimenti del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988.

FAZZALARI E., voce *Ricorso per cassazione nel diritto processuale civile*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, XVII, Torino, 1988, p. 580.

FAZZALARI E., voce *Sentenza civile*, in *Enc. Dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 1269.

- FEDELE A., *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943.
- FERINA F., *La opposizione agli atti esecutivi come rimedio ai provvedimenti del giudice dell'esecuzione*, in *Giust. Civ.*, 1981, p. 392.
- FERRARA F., *Delitto e quasi - delitto giudiziario*, in *Giust. Pen.*, 1941, IV, p. 407.
- FERRARA F., *Sulla conversione del negozio giuridico processuale*, in *Studi in onore di C. Fadda*, I, Napoli 1906, p. 233.
- FERRARI S., *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1958, II, p. 515.
- FESTI F., *Riflessioni sul principio di non contestazione nel processo civile*, in *Giur. It.*, 2011, p. 242.
- FIANDACA G., *Diritto penale giurisprudenziale e ruolo della cassazione*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 1722.
- FINOCCHIARO G., *In tema di inesistenza ed invalidità della sentenza per difetto di rappresentanza tecnica*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998, p. 655.
- FINZI E., *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915.
- FINZI E., *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, Firenze, 1921.
- FLORIAN E., *Flagrante contrasto fra deliberazione e sentenza*, in *Giust. Pen.*, 1942, IV, p. 38.
- FLORIAN E., *Nullità assolute nel codice penale vigente?*, in *Studi in memoria del prof. Massari*, Napoli, 1936, p. 24.
- FLORIAN E., *Principi di diritto processuale penale*, Torino, 1932, p. 457.
- FLORIDIA G., *Contro la prassi dei supplementi istruttori*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1959, p. 1335.
- FONTANA E., *La citazione è nulla per indeterminatezza della imputazione? No è abnorme l'ordinanza che l'ha dichiarata tale*, in *Dir. & Giust.*, 2015, 32, p. 37.
- FORTUNA E., voce *Sentenza penale*, in *Enc. Giur.*, XXVIII, Roma, 1990, p. 1.
- FORTUNA E. – DRAGONE S. – FASSONE E. – GIUSTOZZI R. – PIGNATELLI A., *Manuale pratico del nuovo processo penale*, 4^a ed., Padova, 1995.
- FOSCHINI G., *La sentenza abnorme*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1950, p. 569.

- FOSCHINI G., *La sentenza abnorme*, in *Studi sulle impugnazioni penali*, Milano, 1955, p. 7.
- FOSCHINI G., *Le impugnazioni istruttorie*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1961, p. 65.
- FOSCHINI G., *Provvedimenti abnormi e loro impugnabilità*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1951, p. 745.
- FRANCESCHELLI M., *In tema di società di fatto e di società apparente*, in *Giur. Comm.*, 1978, II, p. 165.
- FRASCA R., *Il procedimento per convalida di sfratto*, Torino, 2001.
- FRASCA R., *Spigolature sulla riforma di cui al d.l. n. 83 del 2012, convertito, con modificazioni, nella l. n. 134 del 2012*, in www.judicium.it.
- FRISINA P., *Nota a Cass. 5 giugno 1981, n. 3638*, in *Giust. Civ.*, 1982, p. 217.
- FRISOLI P., *Ancora sulla sfera di applicazione dell'art. 111 della Costituzione*, in *Riv. Pen.*, 1953, II, p. 369.
- FRISOLI P., *Incertezze giurisprudenziali in tema di sentenza inesistente*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1952, p. 797.
- FROSALI R. A., *Sistema penale Italiano*, IV, Torino, 1958.
- FRUS G., *Il principio di non contestazione fra innovazioni normative, interpretazioni dottrinali e applicazioni giurisprudenziali*, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2015, p. 65.
- FURNO C., *Condanna e titolo esecutivo*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 1937, p. 97.
- FURNO C., *Invalidità e impugnazione delle sentenze equitative ex art. 114 cod. proc. civ. processualmente illegittime*, in *Giur. It.*, 1954, IV, p. 1.
- FURNO C., *Nullità e rinnovazione degli atti processuali*, in *Studi in onore di E. Redenti*, Milano, 1951, p. 413.
- FURNO C., *Sul regime d'impugnazione delle sentenze equitative*, in *Giur. It.*, 1953, I, 2, p. 35.
- GAITO A. (diretto da), *Le impugnazioni penali*, Torino, 1998.
- GALANTINI N., *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992.
- GALANTINI N., voce *Vizi degli atti processuali penali*, in *Dig. Disc. Pen.*, XV, Torino, 1999.
- GALATI A., voce *Atti processuali penali*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, Torino, 1987.

GALATI A. – SIRACUSANO D. – TRANCHINA G. – ZAPPALÀ E., *Diritto processuale penale*, 5^a ed., Milano, 2001.

GALLI G., *L'inammissibilità dell'atto processuale penale*, Milano, 1968.

GARBAGNATI E., *Ancora in tema di appello contro un provvedimento erroneamente emesso in forma di ordinanza*, in *Foro Pad.*, 1957, I, p. 25.

GARBAGNATI E., *Ancora sulla impugnabilità dell'ordinanza, che decide in camera di consiglio una opposizione a decreto d'ingiunzione*, in *Foro Pad.*, 1951, p. 229.

GARBAGNATI E., *Cambiamento del rito in appello e incompetenza del primo giudice*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1975, p. 216.

GARBAGNATI E., *Espropriazione, azione esecutiva, e titolo esecutivo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1956, p. 1331.

GARBAGNATI E., *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, 3^a ed., Milano, 1970.

GARBAGNATI E., *I procedimenti di ingiunzione e di sfratto*, 2^a ed., Milano, 1949.

GARBAGNATI E., *In tema di appello contro un'ordinanza di convalida di sfratto*, in *Giur. It.*, 1950, I, 2, p. 743.

GARBAGNATI E., *Inammissibilità del ricorso per cassazione contro un provvedimento decisorio del giudice di primo grado erroneamente emesso in forma di ordinanza*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1967, p. 356.

GARBAGNATI E., *Limiti all'inappellabilità dell'ordinanza per convalida di sfratto*, in *Foro Pad.*, 1956, I, p. 555.

GARBAGNATI E., voce *Opposizione all'esecuzione*, in *N.ssim Dig. It.*, XI, Torino, 1965, p. 1068.

GARBAGNATI E., voce *Questioni pregiudiziali*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1987, p. 69.

GARBAGNATI E., *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1976, p. 257.

GARBAGNATI E., *Recensione a G. Tarzia, Profili della sentenza civile impugnabile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1967, p. 338.

GARBAGNATI E., *Sull'appellabilità di una ordinanza collegiale di rigetto di una eccezione di prescrizione*, in *Giur. It.*, 1974, I, 1, p. 1713.

GARBAGNATI E., *Sull'impugnazione dei provvedimenti decisorii emessi in forma di ordinanza*, in *Giur. It.*, 1949, I, 1, p. 385.

GASPARRI P., voce *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1964.

GASPERONI I. N., *Apparenza del diritto e fenomeno rappresentativo nel contratto di assicurazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1986, I, p. 623.

GHIARA A., voce *Inammissibilità (Diritto processuale penale)*, in *N.ssimi Dig. It.*, VIII, Torino, 1968.

GIAMPAOLI G., *Sull'impugnabilità immediata dei provvedimenti abnormi*, in *Foro It.*, 1952, II, p. 125.

GIANFORMAGGIO L., voce *Analogia*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, I, Torino, 1987, p. 323.

GIANNINI M. S., *L'analogia giuridica*, in *Jus*, 1941, p. 528.

GIAN TURCO V., *Il ricorso per cassazione nell'interesse della legge e l'error juris del giudicato penale*, Milano, 1958.

GIARDA A. – SPANGHER G (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 4^a ed., Milano, 2010.

GILI A., *Principio del contraddittorio ed esecuzione forzata*, in *Giur. It.*, 1999, I, 1, p. 1042.

GIORGETTI M., *I limiti del c.d. principio dell'apparenza nell'opposizione a precetto*, in *Riv. Es. Forz.*, 2000, p. 124.

GIORGIANNI M., voce *Forma degli atti (diritto civile)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 988.

GIOVANARDI C. A., *Sullo scopo dell'atto processuale, in relazione alla disciplina delle nullità*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987, II, p. 282.

GIUDICEANDREA N., voce *Decreto (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, XI, 1962, p. 823.

GIUDICEANDREA N., *Il procedimento per convalida di sfratto*, Torino, 1956.

GIUDICEANDREA N., voce *Impugnazioni (diritto processuale civile)*, in *N.ssimi Dig. It.*, Torino, 1957, p. 385.

GIUDICEANDREA N., *Le impugnazioni civili*, II, Milano, 1952.

GIUDICEANDREA N., voce *Nullità degli atti di procedura*, in *N.vo Dig. It.*, VIII, 1939, p. 1166.

GIUDICEANDREA N., *Sulla inappellabilità della sentenza di magistrato pronunciata secondo equità*, in *Giur. It.*, 1953, IV, p. 65.

GIUDICEANDREA U., *Appunti su l'esistenza e l'impugnabilità delle sentenze civili*, in *Giur. It.*, 1955, IV, p. 81.

GIUNCHEDI F., *L'atto abnorme nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Giur. It.*, 2002, III, p. 1907.

GRASSO E., *La regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato e la nullità da ultra ed extra petizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1965, p. 410.

GRASSO E., *Nullità degli atti processuali per incompetenza del procuratore e regime delle spese*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1961, II, p. 314.

GRASSO E., voce *Titolo esecutivo*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 685.

GREVI V., *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976.

GRIFANTINI F. M., voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, 1993, p. 243.

GRILLI L., *La procedura penale. Guida pratica*, I, Padova, 2009.

GUARINO G., *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, p. 357.

GUARNIERI G., *I provvedimenti abnormi sono ricorribili per cassazione?*, in *Scuola Positiva*, 1943, II, p. 81.

IACOVIELLO F., *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013.

IANNIRUBERTO G., *Il principio di non contestazione dopo la riforma dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giust. Civ.*, 2010, p. 309.

IANNIRUBERTO G., *Il processo del lavoro rinnovato*, Padova, 1999.

IASEVOLI C., voce *Abnormità (diritto processuale penale)*, in *Enc. Giur.*, I, agg., Roma, 2004, p. 1.

IASEVOLI C., *La nullità nel sistema processuale penale*, Padova, 2008.

IMPAGNATIELLO G., *Il «filtro» di ammissibilità dell'appello*, in *Foro It.*, 2012, V, p. 296.

JAEGER N., *Diritto processuale civile*, Torino, 1944.

JANNITTI PIROMALLO A., *La revisione dei giudicati penali*, Roma, 1947.

JANNUZZI A., *Impugnazione del provvedimento decisorio anomalo*, in *Giust. Civ.*, 1959, I, p. 2182.

JANNUZZI A., *Revoca e impugnazione delle ordinanze collegiali nella riforma del processo civile*, in *Giust. Civ.*, 1951, p. 260.

JANNUZZI A., *Sul concetto di sentenza nella Costituzione*, in *Jus*, 1953, p. 277.

JEMOLO A. C., *Inesistenza, nullità assoluta della sentenza, difetto di giurisdizione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1966, p. 1317.

LA CHINA S., *Diritto processuale civile. Le disposizioni generali*, Milano, 1991.

LA CHINA S., voce *Presupposti processuali*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 300.

LA MUSCATELLA D., *La Cassazione ribadisce i confini della riqualificazione del fatto contestato da parte del giudice, alla luce delle nozioni di fatto diverso e fatto nuovo*, in *Dir. & Giust.*, 2015, 30, p. 83.

LANCELOTTI F., voce *Decreto (diritto processuale civile)*, in *N.ssim Dig. It.*, V, Torino, 1960, p. 278.

LANCELOTTI F., voce *Ordinanza (diritto processuale civile)*, in *N.ssim Dig. It.*, XII, Torino, 1965, p. 79 ss.

LANCELOTTI F., voce *Provvedimenti del giudice (diritto processuale civile)*, in *N.ssim Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, p. 428.

LANCELOTTI F., voce *Sentenza civile*, in *N.ssim Dig. It.*, XVI, Torino, 1969, p. 1106.

LANFRANCHI L., *Il ricorso straordinario inesistente e il processo dovuto ai diritti*, in *La roccia non incrinata*, 2^a ed. ampliata, Torino, 2004, p. 310.

LANFRANCHI L., *La verifica del passivo nel fallimento. Contributo allo studio dei procedimenti sommari*, Milano, 1979.

LANFRANCHI L., voce *Provvedimenti provvisori sommari*, in *Enc. Giur.*, XXIV, Roma, 1991, p. 1.

LATELLA M. T., *Decisione sull'estinzione del processo: forma, sua patologia ed impugnazioni*, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, p. 311.

LATTANZI G., *A proposito degli atti processuali nulli e giuridicamente inesistenti*, in *Riv. Pen.*, 1942, p. 172.

LATTANZI G., *Richiesta di archiviazione e dichiarazione di incompetenza: forma e sostanza di un problema aperto*, in *Cass. Pen.*, 1998, p. 1275.

LAVAGNA C., *Ancora sull'art. 111 comma 2^a della Costituzione*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1952, p. 654.

LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Roma, 1966.

LAVAGNA C., *Note esegetiche all'art. 111 secondo comma della Costituzione*, in *Foro Amm.*, 1949, II, 1, p. 123.

LAZZARO F. – PREDEN R. – VARRONE M., *Il procedimento per convalida di sfratto*, Milano, 1978.

LEONE G., voce *Impugnazioni. II) Diritto processuale penale: profili generali*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989, p. 1.

LEONE G., *La sentenza penale inesistente*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1936, p. 19.

LEONE G., *Lineamenti di diritto processuale penale*, 3^a ed., Napoli, 1954.

LEONE G., *Normale impugnabilità del provvedimento emanato ai sensi dell'art. 477 comma 2^a c.p.p.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1961, p. 276.

LEONE G., *Sistema delle impugnazioni penali. Parte generale*, Napoli, 1935, p. 165.

LEONE G., *Trattato di diritto processuale penale*, I, Napoli, 1961, III, p. 53.

LESSONA C., *Nullità ed inesistenza di sentenze*, in *Foro It.*, 1911, I, p. 10.

LEVONI F., *Appellabilità della sentenza del giudice di pace erroneamente pronunciata secondo equità*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2000, p. 1447.

LIEBMAN E. T., *Il titolo esecutivo riguardo ai terzi*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1934, p. 127.

LIEBMAN E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, 2^a ed., I, Milano, 1957.

LIEBMAN E. T., *Manuale di diritto processuale civile*, 4^a ed., I, Milano, 1980.

LIEBMAN E. T., *Revocabilità dei provvedimenti pronunciati in Camera di Consiglio*, in *Foro It.*, 1948, I, p. 327.

LIEBMAN E. T., *Unità del procedimento cautelare*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1954, I, p. 248.

LO CIGNO G., *Correzione ed integrazione dei provvedimenti del giudice*, in *Giur. It.*, 1986, IV, p. 12.

LOASSES C., *Delle impugnazioni non stabilite dalla legge*, in *Giur. Cass. Pen.*, 1949, I, p.31.

LOMBARDI R., *Contributo allo studio del giudizio divisorio. Provvedimenti e regime di impugnazione*, Napoli, 2009.

LOMBARDI R., *La soluzione delle Sezioni Unite sul rimedio impugnatorio esperibile avverso l'ordinanza che dichiara esecutivo il progetto di divisione nonostante la presenza di impugnazioni*, in *Foro It.*, 2013, I, 1, p. 220.

LOMBARDI R., *Sull'impugnazione dell'ordinanza che rende esecutivo il progetto di divisione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, p. 305.

LORENZETTO PESERICO A., *Inesistenza della sentenza e rimessione al giudice di primo grado*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1977, p. 517.

LOZZI G., voce *Atti processuali II) Diritto processuale penale*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988, p. 1.

LOZZI G., *I limiti cronologici della fase prebattimentale*, Milano, 1963.

LOZZI G., *I provvedimenti impugnabili dal pubblico ministero*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, II, Milano, 1965, p. 177.

LOZZI G., *Lezioni di procedura penale*, 7^a ed., Torino, 2011.

LUCIFREDI R., *Alcuni rilievi sulla distinzione fra forma e contenuto degli atti con particolare riguardo agli atti amministrativi*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1938, I, p. 565.

LUGO U., voce *Inammissibilità e improcedibilità (diritto processuale civile)*, in *N.ssim Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, p. 483.

LUISO F. P., voce *Appello nel diritto processuale civile*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, I, Torino, 1987, p. 361.

LUISO F. P., *Convalida di sfratto e opposizione di terzo ordinaria*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1978, p. 294.

LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1997.

LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, 5^a ed., Milano, 2009.

LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, 6^a ed., Milano, 2011.

LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, 7^a ed., Milano, 2013.

LUISO F. P., *Diritto processuale civile*, 8^a ed., Milano, 2015.

LUISO F. P., *Il giudice delegato: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1993, p. 817.

LUISO F. P., *Il processo del lavoro*, Torino, 1992, p. 307.

LUISO F. P., *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, p. 15.

LUISO F. P., voce *Opposizione di terzo*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 1.

LUISO F. P., *Una vicenda (e un provvedimento) abnorme*, in *Giust. Civ.*, 2001, I, p. 232.

LUPACCHINI O., *Profili sistematici delle impugnazioni penali*, in AA.VV., *Le impugnazioni penali*, I, Torino, 1998, p. 81.

LUPANO M., *Sull'introduzione del processo secondo un modello formale errato*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2015, p. 121.

MAERO G., *Il principio di non contestazione prima e dopo la riforma*, in *Il Giusto Proc. Civ.*, 2010, p. 455.

MAFFEO V., *Il giudizio abbreviato*, Napoli, 2004.

MAFFEO V., *L'abnormità*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, Assago, 2015, p. 413.

MAGRONE G. D., *Sui limiti dell'appellabilità delle sentenze pronunciate secondo equità (cod. proc. civ. art. 114)*, in *Foro It.*, 1953, I, p. 715.

MAMBRUCCHI K., *Sulla cestinazione delle pseudo notizie di reato*, in *Giur. It.*, 2002, I, p. 364.

MANCINELLI R., voce *Decadenza (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XI, Milano, 1962.

MANCINELLI R., voce *Inesistenza degli atti processuali penali*, in *N.ssim Dig. It.*, VIII, Torino, 1957, p. 638.

MANCINELLI R., *L'accertamento dell'inesistenza della sentenza penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1959, p. 671.

MANCINI P. S. – PISANELLI G. – SCIALOJA A., *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati sardi*, IV, Torino, 1857.

MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, 12^a ed., I, Torino, 1998.

MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, 20^a ed., Torino, 2009.

MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, 21^a ed., Torino, 2011.

MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, 22^a ed., Torino, 2012.

MANDRIOLI C., *I c.d. procedimenti camerali su diritti e ricorso straordinario per cassazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1988, p. 921.

MANDRIOLI C., *I provvedimenti presidenziali nel giudizio di separazione dei coniugi*, Milano, 1953, p. 94.

MANDRIOLI C., *In tema di invalidazione dei provvedimenti c.d. abnormi*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1966, p. 572.

MANDRIOLI C., *In tema di vizi c.d. "non formali" degli atti processuali civili*, in *Jus*, 1966, p. 320.

MANDRIOLI C., *L'assorbimento dell'azione civile di nullità e l'art.111 della Costituzione*, Milano, 1967.

MANDRIOLI C., *Le nuove ordinanze di pagamento e ingiunzione nel processo ordinario di cognizione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1991, p. 644.

MANDRIOLI C., voce *Presupposti processuali*, in *N.ssimio Dig. It.*, XIV, Torino, 1958, p. 786.

MANDRIOLI C., *Sui rimedi contro l'ordinanza che approva il progetto divisionale pronunciata senza i presupposti di legge*, in *Giur. It.*, 1982, I, 1, p. 1513.

MANDRIOLI C., *Sull'impugnazione di licenza o di sfratto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1968, p. 35.

MANDRIOLI C., *Sulla nozione di irregolarità nel processo civile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1977, p. 509.

MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, 23^a ed., Torino, 2014.

MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, 24^a ed., Torino, 2015.

MANDRIOLI C. – CARRATTA A., *Diritto processuale civile*, 25^a ed., Torino, 2016.

MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili di intersezione tra diritto nazionale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

MANZINI V., *Inoppugnabilità della sentenza di proscioglimento per mancanza di querela*, in *Giur. Compl. Cass. Pen.*, 1952, III, p. 170.

MANZINI V., *Istituzioni di diritto processuale penale italiano*, Padova, 1950.

MANZINI V., *Istituzioni di diritto processuale penale, secondo il nuovo codice di procedura penale*, 6^a ed., Padova, 1934.

MANZINI V., *La Corte di Cassazione e il ricorso nell'interesse della legge: prolusione al corso di procedura penale tenuto nella R. Università di Roma, il 7 febbraio 1939*, in *Annali Dir. Proc. Pen.*, 1939, p. 13.

MANZINI V., *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Padova, 1950.

MANZINI V., *Reviviscenza delle nullità assolute*, in *Annali Dir. Proc. Pen.*, 1942, p. 9.

MANZINI V., *Sentenze abnormi e sentenze inesistenti*, in *Giur. Compl. Cass. Pen.*, 1947, I, p. 40.

MANZINI V., *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*, IV, Torino, 1956.

MANZONI I., *Sull'impugnabilità in via autonoma di ordinanza c.d. abnorme*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1957, p. 85.

MARANDOLA A., *La patologia dell'atto processuale: indirizzi sostanziali vs legalità formale*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2012, p. 1053.

MARELLI F., *La conservazione degli atti invalidi nel processo civile*, Padova, 2000.

MARIANI F., *Impugnabilità autonoma delle ordinanze di rinvio degli atti al P.M.*, in *Giust. Pen.*, 1950, III, p. 15.

MARTELLA V., *Ammissibilità dell'appello proposto con atto di citazione nel rito del lavoro (materia agraria)*, in *Giur. It.*, 1979, I, 1, p. 966.

MARTINETTO G., *Delle Nullità*, in *Commento al codice di procedura civile, diretto da Allorio*, Milano, 1973, p. 1576.

MARTINO R. – PANZAROLA A. (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile, dalla semplificazione dei riti al decreto sviluppo*, Torino, 2013.

MARUCCI A., *La sentenza istruttoria e l'art. 111 della Costituzione*, in *Giur. Compl. Cass. Pen.*, 1950, II, p. 123.

MASSARI A., voce *Titolo esecutivo*, in *N.ssimio Dig. It.*, XIX, Torino, 1963, p. 685.

MASSARI E., *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, Napoli, 1932.

MASSARI V., *Illegittimo rifiuto di celebrare il giudizio abbreviato: quali rimedi?*, in *Cass. Pen.*, 2002, p. 2803.

MASTROTOTARO R., *La tutela dell'ordo processus tra vizio di abnormità e principio di legalità*, in *Foro It.*, 2015, V, p. 166.

MATTIROLO L., *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, 5^a ed., Torino, 1903.

- MAZZA O., *Imputazione e nuovi poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2008, p. 1372.
- MAZZA O., *La controversa rilevabilità d'ufficio dell'abnormità*, in *Cass. Pen.*, 2005, p. 3383.
- MAZZARELLA F., *Sul contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1979, II, p. 638.
- MENCARELLI F., *Il provvedimento abnorme nella teoria del processo penale*, Napoli, 1984.
- MENCHINI S., *Il giudicato civile*, 2^a ed., Torino, 2002.
- MENCHINI S. – NAPPI P. (a cura di), *Formulario annotato del codice di procedura civile*, 6^a ed., Padova, 2013.
- MERLIN E., voce *Procedimenti cautelari ed urgenti in generale*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 428.
- MICCIO R., *Appunti sui limiti di apparenza del diritto*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1950, II, p. 310.
- MICHELI G. A., *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959.
- MINOLI E., *Contributo alla teoria del giudizio divisorio*, Milano, 1950.
- MINOLI E., *L'acquiescenza nel processo civile*, Milano, 1942.
- MINOLI E., *Osservazioni sul regime dei provvedimenti interlocutori di primo grado secondo il decreto legislativo 5 maggio 1948*, n. 483, in *Giur. It.*, 1948, IV, p. 131.
- MOCCI M., *Principio del contraddittorio e non contestazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, p. 316.
- MODUGNO F., voce *Eccesso di potere I) Profili generali*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989, p. 1.
- MODUGNO F., voce *Funzione*, in *Enc. Dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 303.
- MODUGNO F., voce *Validità a) Teoria generale*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 1.
- MODUGNO F. – MANETTI M., voce *Eccesso di potere II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1989, p. 1.
- MONTELEONE G., *Manuale di diritto processuale civile*, 4^a ed., I, Padova, 2007.

- MONTESANO L., *I procedimenti sommari*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1953, II, p. 73.
- MONTESANO L., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981.
- MONTESANO L., *Legge incostituzionale, processo e responsabilità*, in *Foro It.*, 1952, IV, p. 148.
- MONTESANO L., *Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1958, p. 533.
- MONTESANO L., *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1990, p. 1.
- MONTESANO L., *Sull'efficacia, sulla revoca e sui sindacati contenziosi dei provvedimenti non contenziosi dei giudizi civili*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1986, p. 607.
- MONTESANO L. – ARIETA G., *Diritto processuale civile*, Torino, 1999.
- MONTESANO L. – ARIETA G., *Trattato di diritto processuale civile*, I, 1, Padova, 2001.
- MONTESANO L. – VACCARELLA R., *Diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1996.
- MORELLO M., *Il nuovo processo penale. Parte generale*, Padova, 2000.
- MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 3^a ed., II, Milano, 1910.
- MORTARA L., *Manuale della procedura civile*, I, Torino, 1921.
- MOSCHELLA R., *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973.
- MUSCO M., *Un'ipotesi di atto processuale difforme dalla fattispecie legale fra abnormità e irregolarità*, in *Cass. Pen.*, 2004, p. 1004.
- MUSCOLO P., *La nullità e l'inesistenza nel processo penale*, in *Giust. Pen.*, 1971, III, p. 483.
- NAPPI A., *Guida al codice di procedura penale*, 6^a ed., Milano, 1997.
- NAPPI G., *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1941, p. 902.
- NASCOSI A., *Inesistenza giuridica della sentenza*, in *Studium Iuris*, 2003, 12, p. 1520.
- NASI A., voce *Equità (giudizio di)*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, p. 107.
- NASI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Pescara, 1997.

NASI A., *Rito del lavoro e forma dell'impugnazione davanti alle sezioni specializzate agrarie*, in *Giust. Civ.*, 1981, p. 1082.

NATOLI C., *Improponibilità, inammissibilità e improcedibilità della domanda giudiziale*, Milano, 1976.

NEVOLI F., voce *Abnormità (dir. proc. pen)*, in *Dig. Disc. Pen*, agg. VI, Assago, 2011.

NEVOLI F., *Abnormità e progressione dinamica del processo: l'ipotesi del fatto diverso all'esito del dibattimento*, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2009, p. 225.

NICOLETTI C. A., voce *Opposizione di terzo*, in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 478.

NICOSIA P., voce *Grazia*, in *N.ssim Dig. It.*, VIII, Torino, 1962, p. 7.

NORMANDO R., *I rimedi all'ingiusta sentenza*, Torino, 1990.

NUVOLONE P., *Ricorso inammissibile e sentenza inesistente*, in *Giur. It.*, 1946, II, p. 161.

OBERTO G., *Il nuovo processo cautelare*, Milano, 1993.

OLIVIERI R., *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1991, p. 691.

ONDEI E., *Convertibilità dei provvedimenti del giudice?*, in *Giur. It.*, 1955, I, 1, p. 575.

ORIANI R., voce *Atti processuali (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur.*, III, Roma, 1988, p. 1.

ORIANI R., *L'opposizione agli atti esecutivi*, Napoli, 1987.

ORIANI R., voce *Nullità degli atti processuali (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 1990, p. 1.

ORIANI R., voce *Opposizione all'esecuzione*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, XXIII, Torino, 1995, p. 627.

ORIANI R., voce *Opposizione all'esecuzione*, in *N.ssim Dig. It.*, app., V, Torino, 1984, p. 516.

PACILLI M., *Osservazioni sul principio di non contestazione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2011, p. 299.

PALADIN L., *Diritto costituzionale*, 2^a ed., Padova, 1995, p. 156.

PALERMO A., voce *Provvedimenti (Teoria generale)*, in *N.ssim Dig. It.*, XIV, Torino, 1967.

PANNAIN R., *Le sanzioni degli atti processuali penali: nullità, preclusioni, decadenze, inammissibilità*, I, Napoli, 1933.

PANZAROLA A., *La Cassazione civile giudice del merito*, Torino, 2005.

PANZAROLA A., *La ricusazione del giudice civile: il problema della impugnabilità della decisione*, Bari, 2008.

PANZAROLA A., *Le prime applicazioni del c.d. filtro in appello*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2013, p. 715.

PANZAROLA A., *Sulla rimessione in termini ex art. 153 c.p.c.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, p. 1636.

PANZAVOLTA M., voce *Nullità degli atti processuali. II) Diritto processuale penale*, in *Enc. Giur.*, XXI, agg., Roma, 2005, p. 1.

PATERI G., *Gli atti della procedura civile*, Torino, 1911.

PAVANINI G., voce *Divisione giudiziale*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 1.

PAVANINI G., *Natura dei giudizi divisori*, Padova, 1942.

PELLINGRA B., *La nullità nel processo penale (teoria generale)*, Milano, 1957.

PERONI F., *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, Milano, 1992.

PERRECA M., *Spunti sull'apparenza giuridica*, Cagliari, 2005.

PETRELLA G., *Le impugnazioni del processo penale. Trattato teorico pratico*, I, Milano, 1965.

PETROCELLI B., *I vizi della volontà nel processo penale*, in *Saggi di Diritto Penale*, Padova, 1952.

PEYRON C., voce *Invalidità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972.

PIACENZA S., *Inesistenza e nullità di atti nel processo penale*, in *Giur. It.*, 1947, p. 85.

PICARDI N. – GIULIANI A. (a cura di), *Codice di procedura civile del regno d'Italia 1865*, Milano, 2004.

PICCININI L., *I motivi di ricorso in Cassazione dopo la modifica dell'art. 360 n. 5 c.p.c.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2013, p. 407.

PIERRO G., *Appunti per una teoria generale dell'abnormalità nel processo penale*, in *Giust. Pen.*, 1968, III, p. 321.

PIERRO G., *Una nuova specie di invalidità: l'inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, 1992.

PIETROBON V., voce *Affidamento*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988, p. 1.

PIGA E., voce *Nullità (in generale)*, in *N.vo Dig. It.*, VIII, Torino, 1939, p. 1166.

PISANI M. – SPANGHER G. – MOLARI A. – PERCHINUNNO V. – CORSO P. – GAITO A. (a cura di), *Manuale di procedura penale*, 7^a ed., Milano, 2006.

PISTORELLI L. – BRICCHETTI R., *Giudizio abbreviato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da SPANGHER G., IV, Torino, 2008, p. 202.

POLI R., *Il nuovo giudizio di appello*, in *Riv. Dir. Proc.* 2012, p. 121.

POLI R., *Impugnazione proposta al giudice incompetente e translatio iudicii*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2016, p. 396.

POLI R., *In tema di forme equipollenti e fattispecie equipollenti degli atti processuali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1999, p. 1164.

POLI R., *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012.

POLI R., *L'invalidità degli atti processuali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 2, p. 353.

POLI R., *Le Sezioni Unite sul regime del ricorso proposto erroneamente al posto della citazione e viceversa*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, p. 1201.

POLI R., *Rimessa alle Sezioni Unite la distinzione tra nullità ed inesistenza della notificazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, p. 1100.

POLI R., *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1995, p. 485.

POLI R., *Sulla sanabilità dell'inosservanza di forme prescritte a pena di preclusione e decadenza*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1996, p. 447.

POLI R., *Sulle nullità per vizi relativi alla costituzione del giudice e all'intervento del pubblico ministero*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1993, p. 175.

POTETTI D., *Richiesta di archiviazione e dichiarazione di incompetenza: forma e sostanza di un problema aperto*, in *Cass. Pen.*, 1998, I, p. 1285.

Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale con la relazione del guardasigilli On. Alfredo Rocco, in *Lavori preparatori del c.p. e del c.p.p.*, VIII, Roma, 1929, p. 107.

PROTO PISANI A., *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro It.*, 2003, I, p. 604.

PROTO PISANI A., *Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1987, I, p. 109.

PROTO PISANI A., *Contro l'inutile sommarizzazione del processo civile*, in *Foro It.*, 2007, p. 45.

PROTO PISANI A., *I provvedimenti anticipatori di condanna*, in *Foro It.*, 1990, V, p. 394.

PROTO PISANI A., *Il procedimento per convalida di sfratto*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1988, p. 1354.

PROTO PISANI A., *L'opposizione di terzo ordinaria. Art. 404 1° comma c.p.c.*, Napoli, 1965.

PROTO PISANI A., *La nuova disciplina dei procedimenti cautelari in generale*, in *Foro It.*, 1991, V, p. 87.

PROTO PISANI A., *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991.

PROTO PISANI A., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2003.

PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., Napoli, 1996.

PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, 5ª ed., Napoli, 2010.

PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, 6ª ed., Napoli, 2014.

PROTO PISANI A., *Note sulla tutela civile dei diritti*, in *Foro It.*, 2002, V, p. 165.

PROTO PISANI A., voce *Procedimenti cautelari*, in *Enc. Giur.*, XXIII, Roma, 1991, p. 1.

PROTO PISANI A., *Usi e abusi della procedura camerale ex art. 737 e segg. c.p.c.*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1990, I, p. 393.

PROTO PISANI A., *Violazione di norme procedurali, sanatoria ex nunc o ex tunc e rimessione in termini*, in *Foro It.*, 1992, I, p. 1719.

PROVINCIALI R., *Delle impugnazioni in generale*, Napoli, 1962.

PROVINCIALI R., *Sistema delle impugnazioni civili secondo la nuova legislazione*, Padova, 1943.

PUGLISI R., *Quali rimedi contro l'illegittimo diniego di giudizio abbreviato non condizionato?*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2014, IV, p. 7.

- PUNZI C., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2000.
- PUNZI C., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, 2^a ed., II, Torino, 2010.
- QUERZOLA L., voce *Provvedimenti anticipatori (diritto processuale civile)*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, agg., Torino, 2009, p. 414.
- RAFARACI T., voce *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, agg. II, Milano, 1998, p. 598.
- RAGUSA MAGGIORE G., *Quale è il rimedio avverso un provvedimento abnorme del giudice delegato nel procedimento di insinuazione tardiva di un credito?*, in *Foro It.*, 1997, I, p. 2874.
- RAMACCI F., *Orientamenti della dottrina e della giurisprudenza in tema di cosiddetti «provvedimenti abnormi»*, in *Arch. Pen.*, 1964, II, p. 226.
- RAMAJOLI S., *Le impugnazioni penali: appello, cassazione, revisione*, Milano, 1994.
- RANIERI S., *Considerazioni critiche sul ricorso per cassazione nell'interesse della legge*, in *Monit. Trib.*, 1926, p. 601.
- RANIERI S., *Corte di cassazione legislatrice*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1958, p. 1010.
- RANIERI S., *Inesistenza e nullità degli atti processuali penali*, in *Giust. Pen.*, 1948, III, p. 113.
- RANIERI S., *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 1957.
- RANIERI S., *Manuale di diritto processuale penale*, 5^a ed., Padova, 1965.
- RANIERI E., *Il principio dell'apparenza giuridica*, Trento, 2002.
- RAVAGNAN L., *Note in tema di revisione nel nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. Pen.*, 1990, p. 897.
- RECCHIONI S., *Diritto processuale cautelare*, Torino, 2015.
- RENTI E., voce *Atti processuali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1969, p. 132.
- RENTI E., *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1949.
- RENTI E., *Diritto processuale civile*, I, 2^a ed., agg., Milano, 1957.
- RENTI E., *Diritto processuale civile*, I, 3^a ed., agg., Milano, 1980.
- RENTI E., *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938.

REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, I, Milano, 1962, p. 472.

Relazione del Guardasigilli al Progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale, in *Lavori preparatori del codice penale e codice di procedura penale*, VIII, Roma, 1929.

RICCA BARBERIS M., *Due concetti infecondi: negozio e rapporto processuale*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1930, II, p. 191.

RICCA BARBERIS M., *Preliminari e commento al codice di procedura civile*, I, Torino, 1944.

RICCI E. F., *Per una efficace tutela provvisoria in giunzione dei diritti di obbligazione nell'ordinario processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1990, p. 1021.

RICCI G. F., *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2005.

RICCI G. F., *Il giudizio civile di cassazione*, 2^a ed., Torino, 2016.

RICCIO G., *Contributo allo studio sull'inammissibilità nel processo penale*, in *Studi sul processo penale*, Napoli, 1988.

RIPEPI C., voce *Procedimento divisorio*, in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 636.

RIVA M., *Rapporti tra esecuzione su beni indivisi e giudizio divisorio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1988, p. 1175.

ROCCHI D., *Il giudizio abbreviato c.d. incondizionato e la patologia che affligge il provvedimento negatorio del giudice*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2003, p. 566.

ROCCO U., *Trattato di diritto processuale civile*, II, Torino, 1957.

ROMANO A. M., *Declaratoria di nullità della richiesta di rinvio a giudizio, un problema di abnormità*, in *Giur. It.*, 1993, II, p. 704.

RONCO A., *Appunti sparsi in tema di mancato deposito della sentenza appellata, di improcedibilità dell'appello e di correlazione fra forma e regime di impugnazione dei provvedimenti decisori*, in *Giur. It.*, 2000, I, p. 65.

RONCO A., *Convalida di sfratto, opposizione tardiva e mezzi ordinari di impugnazione: coordinate dell'esistente e fuga sul possibile*, in *Giur. It.*, 1996, I, p. 639.

ROSSO G., *Nullità e inesistenza*, in *Arch. Pen.*, II, 1948, p. 316.

SABATINI G., *Amnistia, competenza funzionale, provvedimenti abnormi ed impugnazioni*, in *Giust. Pen.*, 1947, III, p. 321.

SABATINI G., *De favor rei come principio generale del diritto*, in *Riv. It. Dir. Proc.*, 1947, p. 72.

SABATINI G., *Forma e impugnazione delle declaratorie di amnistia*, in *Giust. Pen.*, 1947, III, p. 164.

SABATINI G., *Istituzioni di diritto penale*, Roma, 1937.

SABATINI G., *Ordinanza di rinvio a tempo indeterminato o sentenza allo stato degli atti?*, in *Giust. Pen.*, 1951, III, p. 624.

SABATINI G., *Sentenze emesse in giudizio e ricorso per cassazione*, in *Giust. Pen.*, 1951, III, p. 483.

SABATINI G., *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953.

SACCO R., voce *Affidamento*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 661.

SACCO R. – DE NOVA G., *La dichiarazione apparente*, in *Il contratto*, Torino, 2004, p. 123.

SALETTI A., *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1991, p. 361.

SALVIONI T., *Ultrattività del rito e tempestività dell'appello nella dichiarazione di paternità o maternità naturale*, in *Giur. Merito*, 1999, p. 161.

SAMMARCO C., *Impugnabilità dei provvedimenti del giudice emessi in forma diversa da quella prescritta per legge*, in *Giust. Civ.*, 1962, I, p. 2181.

SANDULLI A. M., *Considerazioni sul concetto di invalidità degli atti giuridici*, in *Stato e diritto*, 1941, p. 403.

SANGUINETTI L. M., *Lezioni di procedura penale*, Milano, 1996.

SANTALUCIA G., *L'abnormità dell'atto processuale penale*, Padova, 2003.

SANTANGELO F., *Il concetto di atto abnorme come tutela degli atti extra vagantes*, in *Crit. Dir.*, 1991, p. 27.

SANTORO A., *L'esecuzione penale*, in *Studi di diritto e procedura penale*, Torino, 1953.

SANTORO A., *Manuale di diritto processuale penale*, Torino, 1954.

SANTUCCI G., *Abnormità o inesistenza di un provvedimento?*, in *Giur. Compl. Cass. Pen.*, 1953, VI, p. 98.

SASSANI B., voce *Appello (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, agg., III, Milano, 1990, p. 198.

- SASSANI B., *L'onere della contestazione*, in *Il Giusto Proc. Civ.*, 2010, p. 401.
- SASSANI B., *Legittimità, nomofiliachia e motivazione della sentenza: l'incontrollabilità in cassazione del ragionamento del giudice*, in *www.judicium.it*.
- SASSANI B., *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in)controllabilità in cassazione*, in *Corr. Giur.*, 2013, 6, p. 849.
- SATTA G., *La conversione nei negozi giuridici*, Milano, 1903.
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959.
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1966.
- SATTA S., voce *Giurisdizione (nozioni generali)*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 218.
- SATTA S., *Il titolo esecutivo*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1964, I, p. 177.
- SATTA S., voce *Impugnazione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, p. 697.
- SATTA S., *Sull'inesistenza degli atti processuali*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1956, p. 340.
- SATTA S. – PUNZI C., *Diritto processuale civile*, 13^a ed., Padova, 2000.
- SAYA F., *Unità della giurisdizione e sentenza inesistente*, in *Giust. Pen.*, 1948, III, p. 76.
- SBARAGLIO G., *Provvedimenti anomali e procedimento ex art. 9 l. 1^a dicembre 1970, n. 898*, in *Giur. It.*, 1975, I, 2, p. 192.
- SCALFATI A., *Nuovi modelli processuali ed ammissibilità della revisione per nuova prova*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1993, p. 1450.
- SCAPARONE M., *Forma e regime d'impugnazione dei provvedimenti che accertano la diversità del fatto in primo e in secondo grado*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1962, I, p. 605.
- SCAPARONE M., *Il regime d'impugnazione delle ordinanze dibattimentali*, Milano, 1970.
- SCARSELLI G., *La riforma dell'appello civile*, in *Foro It.*, 2012, V, p. 292.
- SCELLA A., *Un uso improprio del concetto di atto processuale abnorme*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 1997, p. 1234.
- SCIALOJA A., *Nullità e inefficacia*, in *Saggio di vario diritto*, Roma, 1927, II, p. 28.

- SEGNİ A., voce *Giurisdizione (in generale)*, in *N.ssimio Dig. It.*, VII, Torino, 1961, p. 985.
- SEGNİ A. – COSTA S., voce *Procedimento civile*, in *N.ssimio Dig. It.*, XIII, Torino, 1966, p. 1026.
- SELVAGGI E., voce *Grazia (Diritto Costituzionale)*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 1989, p. 1.
- SEVERINO M., *Il sistema delle impugnazioni penali dopo l'entrata in vigore dell'art. 111 della Costituzione*, in *Foro It.*, 1952, IV, p. 40.
- SIRACUSANO D., *Abnormità e ricorribilità per cassazione dei provvedimenti giurisdizionali del pubblico ministero*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1963, p. 315.
- SIRACUSANO D., *I rapporti fra Cassazione e rinvio nel processo penale*, Milano, 1967.
- SIRACUSANO D., voce *Sentenza penale*, in *N.ssimio Dig. It.*, XVI, Torino, 1969, p. 1181.
- SIRACUSANO D. – GALATI A. – TRANCHINA G. – ZAPPALÀ E., *Diritto processuale penale*, II, Milano, 2011.
- SORACE S., voce *Locazione (controversie in materia di)*, in *Enc. Giur.*, XIX, Roma, 1990, p. 1.
- SORACE S., *Spunti intorno ai provvedimenti giudiziali civili emessi in forma diversa da quella corrispondente alla sostanza degli stessi e ai rimedi esperibili*, in *Studi in memoria di S. Satta*, II, Padova, 1982, p. 1639.
- SOTGIA S., *Ancora in tema d'apparenza del diritto*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1936, p. 122.
- SOTGIA S., *Apparenza giuridica e dichiarazioni alla generalità*, Roma, 1930.
- SOTGIU G., *La cassazione penale*, Padova, 1947.
- SPANGHER G., voce *Impugnazioni (diritto processuale penale: profili generali)*, in *Enc. Giur.*, XVI, agg., Roma, 2002, p. 1.
- SPANGHER G., *Impugnazioni penali*, in *Dig. Disc. Pen.*, VI, Torino, 1992, p. 221.
- SPANGHER G., voce *Revisione*, in *Dig. Disc. Pen.*, XII, Torino, 1997, p. 131.
- SPANGHER G. – MARANDOLA A. – GARUTI G. – KALB L. (diretto da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, I, Torino, 2015.
- STOLFI G., *L'apparenza del diritto: prolusione al corso di diritto civile nella R. Università di Modena letta il 23 novembre 1933*, Modena, 1934.

TALASSANO F., *Impugnabilità dei provvedimenti penali abnormi*, in *Giur. Compl. Cass. Pen.*, 1947, I, p. 40.

TAMBURRINO G., *Sulla natura ed efficacia dell'ordinanza di convalida di sfratto*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1947, I, p. 79.

TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.

TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975.

TARUFFO M., voce *Motivazione della sentenza*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990, p. 1.

TARZIA G., *Determinazione del grado del processo e impugnabilità della sentenza*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1968, p. 501.

TARZIA G., *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1978, p. 193.

TARZIA G., *Il giusto processo di esecuzione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2002, p. 339.

TARZIA G., *Il nuovo processo cautelare*, Padova, 1993.

TARZIA G., *Il valore della causa e l'appellabilità della sentenza*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1967, p. 566.

TARZIA G., *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, 2^a ed., Milano, 2002.

TARZIA G., *Manuale del processo del lavoro*, 4^a ed., Milano, 1999.

TARZIA G., *Premesse per l'individuazione della sentenza civile impugnabile*, in *Jus*, 1964, p. 362.

TARZIA G., *Profili della sentenza civile impugnabile*, Milano, 1967.

TARZIA G. – FONTANA G. L., voce *Decreto (diritto processuale civile)*, in *Enc. Giur.*, X, Roma, 1988, p. 1.

TARZIA G. – FONTANA G. L., voce *Sentenza civile*, in *Enc. Giur.*, XXVIII, Roma, 1992, p. 1.

TARZIA G. – SALETTI A. (a cura di), *Il processo cautelare*, 5^a ed., Padova, 2015.

TARZIA G. – SALETTI A., voce *Processo cautelare*, in *Enc. Dir.*, V, agg., Milano, 2002, p. 837.

TAVORMINA V., *Contributo alla teoria dei mezzi d'impugnazione delle sentenze*, Milano, 1990.

TEDOLDI A. (diretto da), *Il procedimento per convalida di sfratto*, Bologna, 2009.

TEDOLDI A., *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, p. 76.

TEDOLDI A., *Problemi di geografia giudiziaria nell'appello civile: la competenza funzionale del giudice di seconde cure e il salvagente della translatio iudicii*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, p. 522.

TESAURO G., *Ancora sull'art. 111 della Costituzione ed il sistema delle impugnazioni penali*, in *Foro Pen.*, 1950, p. 249.

TESAURO G., *Le disposizioni della Costituzione e la loro efficacia normativa in relazione alle impugnazioni nel processo penale*, in *Foro Pen.*, 1950, p. 14.

TISCINI R., *Actio nullitatis, provvedimenti inesistenti e abusi di procedura*, in *Fall. e altre Proc. Conc.*, II, 2, p. 137.

TISCINI R., *Decisione per decreto dell'opposizione agli atti esecutivi: note sulla impugnazione del provvedimento abnorme*, ora in www.judicium.it.

TISCINI R., *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, 2005.

TISCINI R., *Impugnabilità dell'ordinanza filtro per vizi propri. L'apertura delle sezioni unite al ricorso straordinario*, in *Corr. Giur.*, 2016, p. 1132.

TISCINI R., *Sull'impugnazione dell'ordinanza in materia di competenza*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2015, p. 545.

TODARO G., *Erronea declaratoria di nullità del decreto di citazione a giudizio e conseguente regressione del procedimento: spunti per una riflessione sull'abnormità dell'atto processuale penale*, in *Cass. Pen.*, 2009, p. 4554.

TOLOMEI D. A., *Il ricorso nell'interesse della legge*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1934, I, p. 322.

TOMBARI G., *Contributo alla dottrina della correzione delle sentenze*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1962, p. 568.

TOMEI G., voce *Divisione III) Divisione giudiziale*, in *Enc. Giur.*, XI, Roma, 1989, p. 1.

TOMEI G., *Sul regolamento di competenza avverso ordinanze aventi valore e contenuto di sentenze*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1949, I, p. 142.

TOMMASINI R., voce *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 575.

TONDO S., voce *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *N.ssimio Dig. It.*, VIII, Torino, 1957.

TONINI P., *Lineamenti di diritto processuale penale*, 10^a ed., Milano, 2012.

- TONINI P., *Manuale di procedura penale*, 9^a ed., Milano 2008.
- TORREGROSSA G., voce *Correzione e integrazione dei provvedimenti del giudice a) diritto processuale civile*, in *Enc. Dir.*, X, Milano 1962.
- TORRENTE A., *Ancora sull'ammissibilità del procedimento di correzione nel caso di omissione nella sottoscrizione della sentenza*, in *Foro It.*, 1954, I, p. 448.
- TORRENTE A., *Spunti per uno studio sull'inesistenza e sulla nullità della sentenza*, in *Studi in onore di Redenti*, II, Milano, 1951, p. 391.
- TORRICE A., *Il sequestro giudiziario della sentenza quale mezzo per sospenderne o modificarne l'esecutività: un provvedimento abnorme*, in *Nuovo Dir.*, 1999, I, p. 187.
- TRAVAGLINO G., *Compensi professionali liquidati ex lege n. 794/1942 e regime delle impugnazioni*, in *Corr. Mer.*, 2011, 5, p. 493.
- TRAVAGLINO G., *Contrasti tra indirizzi giurisprudenziali*, in *Corr. Giur.*, 2006, I, p. 30.
- TRAVAGLINO G., *L'impugnazione delle sentenze del Giudice di pace: criterio della domanda o principio dell'apparenza?*, in *Corr. Mer.*, 2007, I, p. 80.
- TRIFONE F. – CARRATO A., *Il procedimento per convalida di sfratto*, Milano, 2003.
- TRIMARCHI T., *Appunti sulla invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, XXXI, 1955, p. 191.
- TRIOLA R., *Sull'impugnabilità dell'ordinanza che dichiara esecutivo il progetto di divisione*, in *Giust. Civ.*, 1995, p. 1471.
- TURRONI D., *La sentenza civile sul processo*, Torino, 2006.
- VACCARELLA R., voce *Opposizione all'esecuzione*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 1.
- VACCARELLA R., voce *Titolo esecutivo*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1994, p. 1.
- VACCARELLA R., *Titolo esecutivo, precetto, opposizioni*, II, Torino, 1993.
- VACCARELLA R. – VERDE G. (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, Torino, 1997, *sub* artt. 131 e 279.
- VANNI R., voce *Revisione del giudicato penale*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, p. 157.
- VANNINI O., *Manuale di Diritto Processuale Penale Italiano*, Milano, 1950.

VANNINI O., voce *Nullità degli atti di procedura (diritto processuale penale)*, in *N.vo Dig. It.*, VIII, Torino, 1939.

VANNINI O. – COCCIARDI G., *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milano, 1986.

VANZ M. C., *Sul nuovo «filtro» in appello e sulla «ragionevole probabilità» di non accoglimento dell'impugnazione: una condivisibile ordinanza della Corte d'appello romana*, in *Giur. It.*, 2013, p. 2621.

VARONE F., *Brevi riflessioni in tema di archiviazione della notitia criminis e abnormità dell'atto processuale penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2005, p. 1640.

VASSALLI G., voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, I, Torino, 1987, p. 159.

VASSALLI G., *Difetto di motivazione e redazione contraria alla deliberazione*, in *Giust. Pen.*, 1942, IV, p. 42.

VECCHIONE V., *Ancora della impugnazione della pronuncia secondo equità processualmente illegittima*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1957, p. 187.

VECCHIONE V., *Condizioni e mezzi d'impugnazione delle pronunce secondo equità*, in *Giur. It.*, 1954, I, 1, p. 703.

VELLANI M., voce *Custode*, in *N.ssimio Dig. It.*, V, Torino, 1960, p. 84.

VERDE G., *Diritto processuale civile*, II, Bologna, 2010.

VERDE G., *Profili del processo civile*, Napoli, 2002.

VERGA A., *Osservazioni in tema di apparenza*, in *Riv. Dir. Priv.*, 1940, p. 195.

VERRINA G. L., *Principio di tassatività delle impugnazioni, provvedimenti abnormi e ricorso per cassazione*, in *Giur. It.*, 2003, I, p. 560.

VIDIRI G., *Controversie soggette al rito del lavoro ed appello proposto con citazione*, in *Giur. Merito*, 1982, p. 1083.

VIDIRI G., *Processo agrario ed «ultrattività» del rito*, in *Giur. Agr. It.*, 1982, p. 350.

VISCO A., *L'efficacia giuridica dell'apparenza del diritto*, in *Nuovo Dir.*, 1969, p. 727.

VITTA C., *Applicabilità dell'articolo 111, comma 2^a, della Costituzione*, in *Foro Amm.*, 1949, II, 1, p. 118.

VOCINO C., voce *Presupposti processuali*, in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1991, p. 1.

VOCINO C., *Sulla natura dei provvedimenti del giudice*, in *Giur. Compl. Cass. Civ.*, 1947, III, p. 32.

ZACCHÉ F., *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2004.

ZAGREBELSKY G. – GIANZI G., voce *Grazia* a) *Diritto costituzionale* b) *Diritto processuale penale*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, p. 757.

ZANZUCCHI T., *Diritto processuale civile*, 6^a ed., II, Milano, 1964, p. 157.

ZANZUCCHI T., *Il nuovo diritto processuale civile*, 3^a ed., I, Milano, 1943, p. 450.

ZANZUCCHI T. – VOCINO C., *Diritto processuale civile*, 5^a ed., I, Milano, 1955, p. 424.

ZEPPIERI L., *Le nullità nel processo penale*, Roma, 1934.

ZIGNANI D., *Diniego del giudizio abbreviato: tra abnormità e conflitto di competenza*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2003, II, p. 988.

ZIGNANI D., *Sulla nozione di abnormità nel processo penale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2004, I, p. 245.

ZUCCALÀ G., *Sentenza inesistente di giudice speciale e ricorso della parte civile*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1949, p. 62.